



# RSTPR

Revista de la Secretaría del  
Tribunal Permanente de Revisión

Revista da Secretaria do  
Tribunal Permanente de Revisão

---

Año 9 N° 17  
2021

---

ISSN 2304-7887 (online)  
ISSN 2307-5163 (impreso)

# RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.  
Año 9, N° 17, 2021  
ISSN: 2307-5163 (impreso)  
ISSN: 2304-7887 (en línea)

**30 años del MERCOSUR**  
**30 anos do MERCOSUL**

---

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 Manuel Rivero Godoy, Tribunal Permanente de Revisión

## EQUIPO EDITOR

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

## SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández, Tribunal Permanente de Revisión

## COLABORADORES

Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión

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

Año 9, Nº 17, mayo 2021.



---

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](mailto: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](mailto:revista@tprmercosur.org).  
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

---

## MIEMBROS ACTIVOS DEL CONSEJO EDITORIAL

*Alejandro Pastori*, Universidad de La República, Uruguay  
*Alfredo Mario Soto*, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
*Ana Cristina Paulo Pereira*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil  
*Ana María Pastorino*, Universidad de La República, Uruguay  
*Andrés Bancalari*, Universidad ORT, Uruguay  
*Antônio Pereira Gaio Júnior*, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil  
*Augusto Jaeger*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil  
*Carlos Francisco Molina del Pozo*, Universidad de Alcalá de Henares, España  
*Carlos Hugo Centurión*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Paraguay  
*Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil  
*Enrique Hernández*, Universidad de La República, Uruguay  
*Guillermo Michelson Irusta*, Tribunal Permanente de Revisión, Argentina  
*Javier Parquet Villagra*, Tribunal Permanente de Revisión, Paraguay  
*Jorge Cardona Llorens*, Universidad de Valencia, España  
*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  
*Juan Emilio Oviedo Cabañas*, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay  
*Leopoldo Godio*, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
*Lilian del Castillo*, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
*Liliana Rapallini*, Universidad Nacional de La Plata, Argentina  
*Luciane Klein*, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
*Magdalena Bas Vilizzio*, Universidad de La República, Uruguay  
*Marcilio Toscano Franca Filho*, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil  
*Miguel Angel Ciuro Caldani*, Universidad Nacional de Rosario, Argentina  
*Nadia de Araujo*, Tribunal Permanente de Revisión/Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil  
*Natasha Suñé*, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
*Norma Zelaya*, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay  
*Pablo Antonio Debuchy Boselli*, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguay  
*Paula Wojcikiewicz Almeida*, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Brasil  
*Pierre D'Argent*, Universidad de Louvain, Bélgica  
*Raphael Carvalho de Vasconcelos*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil  
*Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay  
*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  
*Valerio Mazzuoli*, Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Brasil

## MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL ANTERIORES

*Alberto do Amaral Júnior*, Universidade de São Paulo, Brasil  
*Calogero Pizzolo*, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
*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  
*Noemí B. Mellado*, Universidad Nacional de La Plata, Argentina  
*Paulo Borba Casella*, Universidade de São Paulo, Brasil  
*Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Brasil  
*Sandra Cecilia Negro*, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
*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</b> <i>Brenda Luciana Maffei</i>	9
<b>Prólogo</b> <i>Juan Manuel Rivero Godoy</i>	11
<b>ARTÍCULOS ORIGINALES</b>	
<b>O Direito ao Desenvolvimento e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O princípio da interdependência como parâmetro para a criação e manutenção das políticas públicas</b> <i>Marcus Vinicius Xavier de Oliveira</i>	14
<b>El fenómeno de la agencificación en la administración de la Unión Europea</b> <i>Werner Miguel Kühn</i>	31
<b>Hacia una integración regional más eficiente: El MERCOSUR y el cambio que significaría una mejor ejecución del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea</b> <i>Ramiro Garcia Blanksman</i>	78
<b>El arbitraje entre bloques de integración en el acuerdo MERCOSUR - Unión Europea</b> <i>Godofredo Agustín Ortiz</i>	104
<b>O divórcio como instrumento da circulação do estatuto familiar no MERCOSUL e na união europeia</b> <i>Marcos Torres</i>	125



**La contribución de los tribunales de los estados partes en el desarrollo del estatuto de la ciudadanía de MERCOSUR: entre la deferencia y el protagonismo** 142  
*Victor Hugo Alcalde do Nascimento*

**Los 30 años del MERCOSUR: Retos, Logros y el Futuro de la Integración Regional** 162  
*Raphael Carvalho de Vasconcelos*

**Le regime des contrats commerciaux internationaux au regard des situations de crises sanitaires transnationales au MERCOSUR** 172  
*Valerio de Oliveira Mazzuoli e Gabriella Boger Prado*

**Análise do Laudo nº 01/2012: como funciona a medida de urgência no Tribunal Permanente de Revisão** 205  
*Nanny Santana Leal de Figueiredo e Mário Jorge Philocreon de Castro Lima*

**Décadas en proceso: el Acuerdo UE-MERCOSUR** 220  
*Guilherme Thudium, Luana Margarete Geiger, Marc Castillo, Sírío Sapper*

#### **RESEÑA DE LIBROS**

---

**El derecho internacional privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los estados partes** 234  
*Gustavo Oliveira Vieira*

**The protection if intellectual property rights under international investment law** 238  
*Juan Manuel Rivero Godoy*

**NORMA EDITORIAL** 241

## PRESENTACIÓN

El presente número de la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión se publica en un año especial. Se trata de los 30 años de la Firma del Tratado de Asunción que dio origen al MERCOSUR.

Si partimos de una perspectiva sistémica es importante llevar en consideración las condiciones que determinan su creación. En este sentido, el MERCOSUR surge a comienzos de la década del '90 al confluir determinadas condiciones para su nacimiento, como la profundización de problemas globales, el surgimiento del concepto de *regionalismo abierto* elaborado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el proceso de creciente interdependencia económica a nivel regional, la experiencia europea, la vuelta a la democracia de los Estados firmantes del Tratado de Asunción, entre otras.

A su vez, siguiendo esta perspectiva, resulta relevante para el análisis sistémico, conocer los objetivos o la finalidad para las cuáles es creado un determinado sistema. En el caso del MERCOSUR, estos objetivos hacen referencia a la creación de un Mercado Común, pero, especialmente, a aquello que está especificado en los considerandos del Tratado de Asunción, esto es, mejorar las condiciones de vida de sus habitantes y crear una unión cada vez más estrecha y estable entre los pueblos de Latinoamérica.

En el transcurso de estos 30 años el MERCOSUR ha pasado por modificaciones en su estructura institucional y se han creado nuevos órganos, los cuáles deben confluir para el alcance de los objetivos mencionados en el párrafo anterior. Entre ellos, cabe mencionar, se encuentra el mecanismo (o sistema) de solución de controversias y, específicamente, el Tribunal Permanente de Revisión, como una parte notable en este engranaje, al realizar un trabajo de interpretación de la normativa existente, al resolver los casos concretos, y efectuando, así, tareas de ajustes en el sistema.

No se puede dejar de considerar, a su vez, que el MERCOSUR, así como tantos otros sistemas de integración, se vienen desarrollando en un contexto

mundial caracterizado por una complejidad cada vez mayor derivado del aumento de la regionalización, de la evolución de la técnica jurídica a nivel internacional y una mayor juridicidad de los conflictos internacionales.

Lo primordial para el desarrollo correcto de este sistema es no olvidar las condiciones que determinaron su existencia y los objetivos planteados en su nacimiento. Esto es necesario para tener siempre presente si las decisiones que se adoptan se encuentran en el camino adecuado a esos fines o, si, por el contrario, las mismas provocan un desajuste que hace de esos objetivos una utopía irrealizable o, en términos kantianos, se trata de tener siempre presente el ideal regulativo, para ajustar conductas hacia ese fin.

**Brenda Luciana Maffei**  
*Funcionaria Técnica*  
*Área Jurídica de la ST*

## PRÓLOGO

El presente número de la RSTPR contiene aportes de grandes juristas y académicos que hacen de esta edición una sustancial contribución a los objetivos de la STPR, en su cometido de difundir conocimientos en el ámbito del derecho internacional y de las relaciones internacionales.

El trabajo titulado “O Direito ao Desenvolvimento e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O princípio da interdependência como parâmetro para a criação e manutenção das políticas públicas” de Marcus Vinicius Xavier de Oliveira es una reflexión de sumo interés dada la importancia que representa el desarrollo sostenible y su conjugación con las políticas públicas en pos de un equilibrio que permita el avance de aquel y la pragmática gubernamental.

Otro de los aportes “El fenómeno de la agencificación en la administración de la Unión Europea” del Prof. Werner Miguel Kühn expone las relaciones entre un mecanismo que denomina de “agencificación” de la UE con las demás instituciones europeas a fin de lograr los objetivos administrativos, planteando aspectos de control democrático y legalidad.

El artículo “Hacia una integración regional más eficiente: El MERCOSUR y el cambio que significaría una mejor ejecución del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea” de Ramiro Garcia Blanksman plantea una serie de interrogantes que no pueden ser omisas al lector. Entre ellas las consecuencias de que el acuerdo UE-MERCOSUR arribe a buen puerto y desafíe las actuales estructuras del bloque de caras a su eventual transformación.

Por su parte, “El arbitraje entre bloques de integración en el acuerdo MERCOSUR - Unión Europea” de Godofredo Agustín Ortiz se enfoca en el capítulo de solución de controversias del eventual acuerdo. Básicamente se concentra en el análisis de los bloques como sujetos de derecho internacional utilizando el mecanismo arbitral en caso de disputas.

En otro apartado, el trabajo “O divórcio como instrumento da circulação do estatuto familiar no MERCOSUL e na União Europeia” por Marcos Torres es un aporte muy interesante y jurídicamente apasionante dado que expone tópicos siempre complejos como ley aplicable, reconocimiento ed sentencias extranjeras y como el MERCOSUR podría beneficiarse -en un esquema de derecho comparado- de la experiencia de la UE.

Asimismo, “La contribución de los tribunales de los estados partes en el desarrollo del estatuto de la ciudadanía de MERCOSUR: entre la deferencia y el protagonismo” de Victor Hugo Alcalde do Nascimento pone de manifiesto alguna de las cuestiones de interés para la consolidación de un verdadero derecho mercosuriano donde los poderes judiciales puedan dar autonomía a su aplicación y así favorecer al fortalecimiento de la libertad de circulación, de trabajo, etc., en el bloque. La experiencia europea con sus decisiones puede ser un punto de partida.

En otro orden, el aporte “Los 30 años del MERCOSUR: Retos, Logros y el Futuro de la Integración Regional” del ex Secretario del TPR el Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos hace una puesta a punto sobre los pasados treinta años del bloque y los desafíos que aún persisten, reafirmando la importancia de contar con un sistema de solución de disputas como actualmente lo representa el Protocolo de Olivos.

En cuanto al trabajo “Le regime des contrats commerciaux internationaux au regard des situations de crises sanitaires transnationales au MERCOSUR” de los autores Valerio de Oliveira Mazzuoli y Gabriella Boger Prado es una contribución siempre interesante dado que dentro del Derecho Internacional Privado hay diferentes variantes para utilizar cuando hay conflictos de contratos que pueden verse afectados en su cumplimiento -producto de la pandemia- y que tanto el civil law (force majeure) o el common law (hardship) brindan soluciones no siempre uniformes. Por ello, a los operadores del MERCOSUR les puede resultar de suma utilidad este trabajo.

El aporte “Análise do laudo nº 01/2012: como funciona a medida de urgência no Tribunal Permanente de Revisão” de Nanny Santana Leal de Figueiredo y Mário Jorge Philocreon de Castro Lima dan una clara descripción de cómo funciona este procedimiento y su importancia de su correcta aplicación.

En otro sentido, “Décadas en proceso: el Acuerdo UE-MERCOSUR” de Guilherme Thudium, Luana Margarete Geiger, Marc Castillo y Sírío Sapper amerita un detenimiento especial dado que los autores recorren veinte años de experiencia en las negociaciones y como ha finalizado en un acuerdo (no vigente aun ni ratificado) que podría suponer nuevas reglas comerciales en el mundo del comercio internacional.

Finalmente, se presentan dos reseñas de libros. Uno titulado “El derecho internacional privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los estados partes” por Gustavo Oliveira Vieira quien muestra la importancia de este libro dada la contundencia con que aborda la práctica judicial del bloque, en un nivel estatal de sus Estados miembros. Por otro lado, “The protection of intellectual property rights under international investment law” por Juan Manuel Rivero Godoy detalla el interés de los capítulos en una temática que es compleja, pero que es necesaria comprender dado que afecta el comercio internacional y más claramente los derechos de propiedad intelectual donde el arbitraje hoy es sede de muchas controversias; aportando un detalle de los casos y estándares en la materia.

**Juan Manuel Rivero Godoy**  
*Secretario del TPR*

# O Direito ao Desenvolvimento e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O princípio da interdependência como parâmetro para a criação e manutenção das políticas públicas

## El Derecho al Desarrollo y los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS). El principio de la interdependencia como parámetro para la creación e mantenimiento de políticas públicas

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira\* 

**Resumo:** Este trabalho foi estruturado sobre alguns objetivos. O primeiro foi o de comprovar que o Direito ao Desenvolvimento se realiza na forma do Desenvolvimento Sustentável, cuja compreensão se tornou possível pelo princípio da interdependência. O segundo foi o de descrever a relação entre o Direito ao Desenvolvimento e políticas públicas, especialmente aquelas voltadas à concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, cuja descrição e finalidade foram realizadas no terceiro tópico, tendo-se adotado como paradigma o tema da discriminação de gênero no mercado de trabalho. Por fim, conclui-se pela necessidade dos Estados no geral, e do Brasil em particular, adotar e/ou reforçar políticas públicas que deem eficácia às suas obrigações internacionais derivadas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. O método de pesquisa foi o crítico e o procedimento a consulta bibliográfica.

**Resumen:** Este trabajo se estructuró en unos objetivos. El primero fue demostrar que el Derecho al Desarrollo se realiza en forma de Desarrollo Sostenible, cuya comprensión fue posible gracias al principio de interdependencia. El segundo fue describir la relación entre el Derecho al Desarrollo y las políticas públicas, especialmente aquellas orientadas al logro de los Objetivos de Desarrollo

---

\* Universidade Federal de Rondônia Jus Gentium, Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional, Brasil.

E-mail: marcusoliveira@unir.br

Recibido: 07/04/2020. Aceptado: 13/04/2021.



Sostenible, cuya descripción y propósito se llevó a cabo en el tercer tema, habiendo adoptado el tema de la discriminación de género como paradigma en lo mercado de trabajo. Finalmente, se concluye que es necesario que los Estados en general, y Brasil en particular, adopten y / o refuercen políticas públicas que den efectividad a sus obligaciones internacionales derivadas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. El método de investigación fue crítico y el procedimiento fue la consulta bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos, Direitos ao desenvolvimento, Desenvolvimento sustentável, Princípio da interdependência, Políticas públicas.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Derecho al desarrollo, Desarrollo sostenible, Principio de la interdependencia, Políticas públicas.

### **A morte não é uma mulher, de Ana Ilce Gómez<sup>1</sup>**

A morte não é uma mulher  
com o crânio pelado e uma foice curva  
entre as mãos.  
A morte é um homem que galopa  
entre as noites que balanceia a insônia.  
É um varão disfarçado de donzela misteriosa.  
Tem nas mãos umas rosas  
e uma corda para enforcar.  
Alguém um dia desenhou a morte  
com rosto de donzela. Mas ela é ele,  
pálido, abjeto,  
que à noite se achega a meu sonho  
e como um cão fiel,  
me faz aspirar seu hálito gelado  
e misterioso  
e com fria insistência aproxima-se de mim  
e me lambe os pés.

## **1. INTRODUÇÃO**

Por que iniciar um trabalho acadêmico que aborda a relação entre direito ao desenvolvimento, desenvolvimento sustentável e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) a partir do princípio da interdependência com um poema de Ana Ilce Gómez - poetisa nicaraguense falecida em 2017 - que versa sobre a disputa imagética da morte, se homem ou mulher? Porque, assim como direitos humanos, democracia e desenvolvimento se interconectam para a formação contínua de sociedade justas, livres e solidárias, em que sejam asseguradas igual liberdade e igual dignidade a

---

<sup>1</sup> ILCE GÓMEZ, Ana. La muerte no es una mujer. Disponível em: <<http://www.poemaspoetas.com/ana-ilce-gomez/la-muerte-no-es-una-mujer>> (Livre tradução).



todas as pessoas, existe (deve existir!) uma conexão entre formas diversas de exercício das liberdades fundamentais – liberdade artística e liberdade científica, no presente caso -, em que uma ilumina a outra, de forma a permitir a compreensão de um problema em chave interdisciplinar.

Para este trabalho, a disputa sobre a imagética da morte adota a forma do paradigma adotado para se compreender a relação entre direito ao desenvolvimento, desenvolvimento sustentável e Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, que é a discriminação de gênero no mercado de trabalho, na medida em que se constitui numa das tantas formas pelas quais a dominação de gênero tende a limitar o exercício pleno dos direitos humanos das mulheres, ilidindo, com isso, a concreção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Mas até se chegar lá – tópico 4.1 – se procurará comprovar alguns temas essenciais, a saber, a vigência do direito ao desenvolvimento e sua natureza intergeracional, a necessidade de se compreender que o direito ao desenvolvimento se perfectibiliza com o conceito de desenvolvimento sustentável a partir do princípio da interdependência e a relação essencial entre o direito ao desenvolvimento sustentável com a criação de políticas públicas que, dando eficácia concreta na facticidade histórica, o compromisso do Estado em relação aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, permite o desenvolvimento pleno da sociedade.

## **2. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A SUA NATUREZA INTERGERACIONAL**

Que os sistemas normativos contemporâneos, nacionais e internacionais<sup>2</sup>, sejam caracterizados por uma constante juridicização de diversas pretensões morais, políticas e econômicas, ocasionando, de um lado, uma contínua inflação de normas jurídicas, e de outro lado uma contínua fragmentação dos próprios ordenamentos jurídicos<sup>3</sup>, cujas consequências

---

2 No Direito Internacional contemporâneo, a fragmentação se constitui numa característica irrecusável. Nesse sentido, KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and the expansion of International Law* - Report of the Study Group of the International Law Commission. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006.

3 “[...] não existe nem pode existir Estado de Direito quando se assiste a um reiterado e, em algumas ocasiões, repúdio delirante aos direitos. Nunca como em nossa época é-se tão consciente sobre os direitos humanos, mas, na mesma proporção, nunca se tem sido tão sofisticadamente brutal em sua violação. Poucas pessoas poderiam questionar hoje em dia a existência dos direitos humanos plasmados na Declaração Universal, nas sucessivas Convenções e nas legislações da grande maioria dos Estados modernos. Os mecanismos de proteção se multiplicaram e tudo isso, sem lugar a dúvidas, é um signo positivo e de esperança dos tempos em que vivemos. Provavelmente o problema não se encontra na defecção – na carência de direitos e garantias, se se preferir -, mas no excesso dos mesmos [...] e não se vacila em estendê-los até abarcar um direito dos animais, dos robôs e das pedras. Quanto mais se multiplica a relação dos direitos humanos, menos força terão como exigência, e quanto mais força moral ou jurídica que as suponha, mais limitada deve ser a lista de direitos que as justifique adequadamente” (Livre tradução). VÁSQUEZ, Rodolfo. *Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Trotta, 2006, pp. 189-190.

negativas põem em risco, se não a própria infirmação, (d)os princípios da coerência interna e da unidade de sentido que devem gizar todo sistema<sup>4</sup>, não ilide que se afirme a vigência do direito ao desenvolvimento, transcendendo, portanto, a mera potência enquanto pretensão política e moral.

Com efeito, de conformidade com os artigos 5 e 8 da Declaração e Programa de Viena, formulado na Conferência Mundial de Direitos Humanos em 1993,

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 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. (grifamos)

Extrai-se da leitura desses dispositivos a existência normativa de uma interconexão – uma relação lógica de implicação direta entre os sistemas normativos tanto na compreensão do significado de direitos humanos como também no plano de sua aplicação concreta - e interdependência entre a tríade direitos humanos, democracia e desenvolvimento, em razão das quais não há, nem poderá haver em nível interno ou internacional, a realização dos deveres fundamentais inscritos nas Convenções Internacionais de respeitar (eficácia vertical) e fazer respeitar (eficácia horizontal) os Direitos Humanos<sup>5</sup> ali onde os direitos e liberdades fundamentais, a democracia e

4 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2 ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

5 Artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos; Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; artigo 1º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Preâmbulo e artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos; Preâmbulo e artigos 1º e 2º do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais etc.

o desenvolvimento não se constituírem no espeque de toda atuação dos Estados e da Sociedade Internacional.

Essa perspectiva integrativa fica bastante evidente quando se pensa na relação entre direitos humanos e pobreza, seja ela entendida, por exemplo, como carência de renda mínima para a satisfação de necessidades humanas básicas<sup>6</sup>, seja como privação sistemática das capacidades de desenvolvimento individual ou coletivo<sup>7</sup>, seja ainda como exclusão social de uma ampla camada da população de acesso a bens e serviços básicos para o viver bem e dignamente<sup>8</sup>. Conforme Mary Robinson, a

pobreza extrema é a maior negação do exercício dos direitos humanos. Na condição de extrema pobreza, você não pode votar, não participa de qualquer atividade política, suas opiniões não são levadas em consideração, você não se alimenta, não possui abrigo, seus filhos morrem de doenças que poderiam ter sido prevenidas – você não possui nem ao menos direito à água potável. Trata-se de uma negação da dignidade e do valor de cada indivíduo, proclamados pela Declaração Universal<sup>9</sup>.

Ademais, desde a aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas do *Report of the World Commission on Environment and Development*, pela Resolução A/43/427, de 04 de agosto de 1987, o conceito de direito sustentável amalgamou em si todas as demais espécies de desenvolvimento que foram sendo pensadas pela agenda internacional desde o final da Segunda Guerra Mundial. Se, num primeiro momento, o conceito de desenvolvimento era interpretado exclusivamente em um índice puramente econômico – Produto Interno Bruto –, o aperfeiçoamento constante daquele conceito propiciou um modelo institucional e normativo no qual, de fato, a interdependência e a complementariedade se fazem presentes em sua caracterização. Como dito em outra oportunidade, se antes de 1945

o problema relativo ao desenvolvimento – na verdade à época se usava a expressão “progresso” – era um problema interno de cada Estado. Terminada a Segunda Guerra Mundial, com a criação, pelos Estados

---

6 UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Los derechos humanos y la extrema pobreza Informe presentado por el Experto independiente*, E/CN.4/2006/43 2 de marzo de 2006. Disponível em: <[http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/258987/E\\_CN.4\\_2006\\_43-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/258987/E_CN.4_2006_43-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y)>

7 A privação de renda mínima é somente um aspecto da pobreza, a ela se somando a privação da condição de desenvolvimento das capacidades individuais e/ou coletivas em vistas ao bem viver. UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Los derechos humanos y la extrema pobreza Informe presentado por el Experto independiente, Sr. Arjun Sengupta...*, § 8º.

8 UNITED NATIONS. PNUD. *Human Development Report 1997: Human Development to Eradicate Poverty*, p. 17. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/reports/global/1997/en/>>

9 BBC NEWS. TALKING POINT SPECIAL. Mary Robinson, UN Human Rights chief, 21 November 2002. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/talking\\_point/forum/1673034.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/talking_point/forum/1673034.stm)>

Unidos da América, dos planos de reconstrução da Europa e do Japão, e sem ênfase nenhuma, da América Latina, a Carta das Nações Unidas passou a prever explicitamente entre os seus objetivos fundamentais ser o foro privilegiado da cooperação internacional para “resolver os problemas internacionais de ordem econômica, social, intelectual ou humanitária” bem como buscar o “desenvolvimento no quadro econômico e social” (Artigo 1, 3 c/c Artigo 55, a, da CONU)<sup>10</sup>.

Assim, conforme Arjun Sengputa, o direito ao desenvolvimento está necessariamente implicado no fato de que

Em primeiro lugar, há um direito humano que é “inalienável”, o que quer dizer que não pode ser negociado. Depois, há um processo de “desenvolvimento econômico, social, cultural e político”, que é reconhecido como um processo no qual “todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser plenamente realizados”. O direito ao desenvolvimento é um direito humano, em virtude do qual “cada pessoa humana e todos os povos têm o direito de participar, contribuir e gozar” desse processo de desenvolvimento<sup>11</sup>.

A pergunta que carece de ser respondida, no entanto, é essa: por que o desenvolvimento sustentável, nada obstante existirem tantas outras formas de desenvolvimento?

A resposta a essa pergunta se assenta no pressuposto principiológico que lhe dá sustentação, como seja, por ser aquele que objetiva forjar políticas públicas interdependentes e interconectadas de forma a “[...] responde[r] às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de responderem por suas necessidades”<sup>12</sup>. Em outros termos, o conceito de direito sustentável entranha o postulado do pacto intergeracional: o dever da presente geração preservar os recursos ambientais para as gerações futuras.

Ora, o desenvolvimento sustentável pressupõe, como condição de sua concreção fática, que os demais direitos humanos – civis, políticos, sociais, culturais, regime democrático etc -, também o sejam, na medida em que desde 2002, com a Cúpula sobre o Desenvolvimento Sustentável de Johannesburgo, o mesmo passou a ser interpretado para além do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para poder, de fato, tutelá-

10 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, MOREIRA, David Alves. Ensaio sobre o conceito de Direito ao Desenvolvimento, in DANNER, Fernando, DANNER, Leno Francisco, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier (Org). *Direito e/ao Desenvolvimento*, Porto Alegre: Editora Fi, 2016, p. 114.

11 SENGUPTA, Arjun. *O Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano*. Disponível em: <[http://www1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista\\_02/p7292](http://www1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista_02/p7292)>

12 UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. Our Common Future, Chapter 2: Towards Sustainable Development From A/42/427. Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>>

lo, como resta evidenciado na assunção das causas impedidas para referida finalidade, quais sejam: a) a pobreza extrema; b) a necessidade de prevenção e enfrentamento do abuso do consumo; c) a prevenção, o enfretamento e a recomposição da degradação do meio ambiente; d) a demografia galopante; e) a desigualdade entre os sexos e o empoderamento das mulheres; f) os problemas de saúde; g) os conflitos armados; e h) a violação contínua e sistemática dos direitos humanos<sup>13</sup>.

Assim, ao se ler o disposto no artigo 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, essa leitura deve ser orientada, a uma, pelo conceito de direito sustentável, e, a duas, pelos princípios da interconexão e da interdependência, pois somente esta leitura permitirá compreender que

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais<sup>14</sup>.

Não há dúvida razoável, desde uma perspectiva política, moral e, principalmente, jurídica, que o direito ao desenvolvimento além de ser um direito positivo no ordenamento jurídico internacional, constitui-se, doutro polo, num direito síntese, na medida em que interconecta, em sua realização, a todos os demais direitos humanos.

### **3. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS**

Se existe, como se demonstrou nas linhas acima, um direito ao desenvolvimento, sendo que, além disso, ele se realiza, institucional e juridicamente, no conceito de desenvolvimento sustentável, é bastante óbvio que tais caracterizações demandam uma tarefa ulterior de definição e delimitação das condições de efetividade e exigibilidade do cumprimento desse direito. Em outros termos, tem-se um problema relativo às fontes normativas, bem como das eficácias sintática e semântica em gerar efeitos na facticidade histórica.

Da perspectiva das fontes, o Direito ao Desenvolvimento tem

---

13 UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. *Report of World Summit on Sustainable Development – Johannesburg, South Africa, 26 August-4 September 2002*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/aconf199-20.pdf>>

14 UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. *Declaration on the Right to Development, Resolution 41/128, 4 December 1986*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>

sido positivado através de Resoluções, Declarações, Relatórios Especiais etc, e que em nível internacional se caracterizam por aquilo que se tem identificados pelo *nomen juris* de *soft law*, ou direito dúctil, brando, tendo no Direito Constitucional o seu análogo na forma do direito programático, vale dizer, um conjunto de disposições normativas que carecem da potência de *self executing* por exigirem, como condição de eficácia sintática, de suas ulteriores regulações através de políticas públicas normativamente instituídas. Conforme Guido Fernando Silva Soares, o *soft law* é identificado como “regras jurídicas muito flexíveis, que constituiriam um conjunto de regras jurídicas de conduta dos Estados, cuja inadimplência impõe um sistema de sanções distintas das previstas nas normas tradicionais”<sup>15</sup>, ou consoante a lição de Prosper Weil em seu *Cours Général* em Haia no ano de 1992, “simples obligations de coopération ou de négociation, la règle existe à coup sûr, elle a pleine et entière valeur normative, mais elle est d’un contenu faible, voire null: elle oblige certes, mais elle n’oblige à rien, ou à presque rien”<sup>16</sup>.

O que essa última interpretação dada por Weil descarta em dizer é que, nada obstante o caráter dúctil de referidas normas, é certo que na perspectiva da interpretação e aplicação das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a tendência contemporânea é no sentido de, abstraindo a fonte de que emergem as regras, bem como as distinções entre *soft law* e *hard law* (convencionais ou consuetudinárias), normas de conteúdo programático e normas de *jus cogens* etc, se interpretar um dado caso concreto de violação aos direitos humanos a partir de uma ótica, para usarmos a expressão de Ronald Dworkin<sup>17</sup>, do direito como integridade, isto é, uma interpretação/aplicação em que, seja qual for a estrutura jurídico-social de determinada comunidade e a fonte da qual emerge o direito violado, no plano da proteção e da eficácia máxima dos direitos humanos impor ao Estado ou a comunidade internacional o dever de atuar enquanto agentes morais vinculados ao conjunto dessas regras; que os seus comportamentos precisam ser compatíveis com um conjunto de princípios de moralidade política com vistas à asseguaração da dignidade da pessoa humana, servindo estas diversas fontes como um conjunto coeso de manifestação da convicção universal (*opinio juris*) acerca daquilo que Luigi Ferrajoli denominará, nos sistemas de constituições rígidas, de esfera do indecível<sup>18</sup>.

15 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, vol. 1, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 127.

16 WEIL, Prosper. *Le droit international en quête de son identité*, Cours général de droit international public, RCAD vol. 237/1992, pp. 09-370 (p. 218).

17 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, trd. Jefferson L. Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 213-269.

18 FERRAJOLI, Luigi. *La esfera do indecible y la división de poderes*. Estudios Constitucionales año 6, n. 1, Universidad de Talca, 2008, pp. 337-343. No mesmo sentido, mas utilizando-se do conceito constitucionalista de cláusulas pétreas, ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. El valor del derecho y de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos: el ejemplo de Costa Rica, in Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Em síntese, embora dúcteis, estas normas obrigam na forma de mandados de concretização de políticas públicas (*facere*), mas também impedem que se adotem programas políticos ou políticas públicas em sentido inverso (*non facere* e/ou eficácia paralisante) na forma da proibição de retrocesso. Longe de serem “somente” normas de conteúdo programático, no sentido de que teriam mera dimensão enunciativa de boas intenções ou promessas, a *soft law* impõe obrigações de caráter político e jurídico aos Estados, mormente por exigirem, como condição de sua eficácia, a criação adequada de políticas públicas.

Assim, considerando-se, de um lado, a existência de previsões normativas, nacionais e ou internacionais de adoção de políticas públicas em desenvolvimento sustentável, e de outro lado obrigações de caráter político e jurídico de que elas sejam criadas, é importante aferir quais sejam elas, bem como as reais dimensões em nível interno de que elas sejam, de fato, instituídas.

#### **4. POLÍTICAS PÚBLICAS EM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DESDE OS OBJETIVOS DO RIO +20**

Para Charles David Crupton *et al.*<sup>19</sup>, o *design* de uma política pública, segundo o estado da arte na teoria da administração pública contemporânea, está condicionada a pelo menos quatro etapas, a saber: 1) identificação da necessidade de intervenção do governo; 2) consideração da teoria de intervenção e dos componentes operacionais; 3) avaliação da implementação e operação das políticas ou programas; e 4) cálculo do impacto da intervenção, sendo que referidos procedimentos estão imbricados numa metodologia interdisciplinar altamente complexa.

Doutro lado, em julho de 2012, a cidade do Rio de Janeiro sediou, entre os dias 13 e 22 de julho, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio +20), e que em referida conferência foi deliberado e estabelecido um programa internacional verdadeiramente ambicioso a que se deu o nome de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), e que substituiu o anterior Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Referido programa, após três anos de deliberação pela comunidade internacional, foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 70/1, através do documento intitulado “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”<sup>20</sup>.

A agenda, tal como aprovada pela Assembleia Geral, é composta

---

*Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 169-191.

19 CRUPTON, Charles David *et al.* *Avaliação de políticas públicas no Brasil e nos Estados Unidos*: análise da pesquisa nos últimos 10 anos, *Revista de Administração Pública*, vol 50, nº 6, Rio de Janeiro, 2016, pp. 981-1001.

20 UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E)>

por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (o que se deve fazer), bem como do estabelecimento de 169 metas (até quando se deve alcançar a meta), sendo também composta por seções que descrevem formas de institucionalização daqueles objetivos-metas, seja através de parcerias globais ou regionais, além de uma seção que permite acompanhar, a partir de critérios gerais, as suas efetivas implementações e, se for o caso, a revisão da meta.

Da perspectiva da interconexão e da interdependência, os ODS foram concebidos a partir da interpenetração política nos aspectos econômicos, sociais e ambientais.

Imageticamente, os ODS são os seguintes:



BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)<sup>21</sup>

Não há como se negar, desde um primeiro momento, a comprovação daquilo que se sustentou no tópico primeiro do presente trabalho, como seja, que os conceitos de desenvolvimento sustentável e de direito ao desenvolvimento, quando conjuminados, se constituem numa síntese dos direitos humanos.

Como se interpretar de outra forma se, para os ODS, o *Objetivo 1* - Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares -, é interconectado com o *Objetivo 5* –Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas-?

Como não perceber a interconexão entre todos os direitos humanos

21 Fonte da imagem: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>>



na institucionalização de políticas públicas que, de acordo com o *Objetivo 2* - Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável, está necessariamente imbricado com os objetivos *4* - Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos -, bem como o *8* - Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos -?

Será possível instituir-se políticas de ODS sem compreensão de que sem a observância e adesão política aos objetivos *10* - Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles-, *11* - Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resistentes e sustentáveis -, *12* - Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis -, *13* - Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos -, *14* - Conservar e usar sustentavelmente dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável - e *15* - Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade – somente serão possíveis se o *Objetivo 16* - Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis -, também o for?

Segundo ponto importante para a compreensão do presente tema é que, nada obstante a fixação de Objetivos e Metas a serem alcançados com os ODS, cada Estado e sociedade deverão fazê-los segundo as suas reais necessidades de desenvolvimento sustentável. Em outros termos, nada obstante o estabelecimento de objetivos e metas, os ODS operam em caráter geral, não particularizado, e objetivam uma harmonização com o direito nacional, não uma unificação.

É sabido que a internacionalização do direito, logrando superar a distinção absoluta entre monismo com prevalência do Direito Internacional kelseniano e o dualismo de H. Tripel, institui, a partir de critérios normativos distintos, o como da institucionalização nacional das obrigações internacionais às quais o Estado aderiu.

Conforme Mireille Delmas-Marty<sup>22</sup>, ou as normas internacionais buscam unificar o tratamento jurídico da matéria regulada, de forma a se estabelecer regras universais válidas em todos os Estados (método da unificação), ou elas buscam uniformizar as regras, operando a regulação internacional a partir de cláusulas gerais e mandados de regulação interna, reservando-se aos Estados, no entanto, uma ampla discricionariedade tanto no que concerne ao conteúdo como a sua forma (método da uniformização). Por fim, tem-se o nível mais largo da internacionalização do direito, e que opera pelo método da harmonização, com a qual se exige dos Estados, quando muito, uma regulação de acordo com o Direito Internacional de

---

22 DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour um Droit Mondial*, Paris: Seuil, 1998, pp. 104-134.

caráter geral, quando não a simples adequação hermenêutica dos institutos de direito nacional face ao Direito Internacional.

Esses modelos de internacionalização do direito são importantes para a compreensão dos ODS porque, desde uma perspectiva concreta do desenvolvimento sustentável de cada Estado, eles deverão instituir as políticas públicas deles decorrentes em maior ou menos abrangência e de conformidade com suas reais necessidades.

#### **4.1. A discriminação da mulher no mercado de trabalho e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**

Escolhemos um índice paradigmático em nível interno – (des)igualdade de gêneros no mercado de trabalho -, para aferir a necessidade de política pública que o Brasil deverá ou instituir ou, se já existentes, reforçá-la como forma de se alcançar a meta a ela referida.

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. Meta com relação à desigualdade de acesso ao mercado de trabalho: Até 2030 –

5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte.

Por estes objetivo e meta de caráter geral será preciso que o Estado brasileiro, até 2030, institua políticas públicas de erradicação de todas as formas de discriminação e tratamento desigual que impeçam as mulheres de terem as mesmas condições de acesso ao trabalho e percebendo o mesmo nível remuneratório que os homens.

Ademais, o Brasil, quando da apresentação de suas propostas para a consolidação dos ODS, assumiu os seguintes compromissos: a) Elevar o número de mulheres assumindo postos de trabalho tradicionalmente ocupados por homens; e b) Até 2030, eliminar a desigualdade de salários entre homens e mulheres que ocupam posições de trabalho iguais<sup>23</sup>.

Pois bem. A Organização Internacional do Trabalho, como execução de sua Iniciativa do Centenário da OIT Mulheres no Trabalho, lançou em 2016 o relatório Mulheres no Trabalho: Tendências 2016<sup>24</sup>, cotejando a realidade mundial atual com os referidos Objetivo 5 e Meta 5.1.

Para o ponto que toca nesse trabalho, restou comprovado que o Brasil, na qualidade de país emergente, isto é, que tem uma renda média alta, é o que concentra a maior diferença entre homens e mulheres no acesso ao mercado de trabalho, qual seja, 30,5%, embora as mulheres sejam maioria

---

23 BRASIL. MINISTÉRIO DA RELAÇÕES EXTERIORES. *Negociações da Agenda de Desenvolvimento Pós-2015: Elementos Orientadores da Posição Brasileira*. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/ODS-pos-bras.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/ODS-pos-bras.pdf)>

24 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Women at Work Trends 2016*. Disponível em: <[http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS\\_457317/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_457317/lang--en/index.htm)>

em relação aos homens e tenham nível educacional e de formação em média superior a eles.

Em números concretos, entre os anos de 2014 e 2016, foram registrados os seguintes números de empregados entre homens e mulheres: a) homens, respectivamente, 57,9 milhões, 58,5 milhões e 58,9 milhões; b) mulheres, respectivamente, 42,7 milhões, 43,8 milhões e 44,3 milhões. Além disso, a taxa de desemprego é superior em 6% para as mulheres quando comparada aos dos homens.

Já no que toca à diferença salarial, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por seu relatório Estatísticas de Gênero – Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil, divulgado em abril de 2018<sup>25</sup>, embora as mulheres trabalhem cerca de 3 (três) horas semanais a mais do que os homens, incluindo trabalhos remunerados e afazeres domésticos e tenham nível educacional mais alto, percebem, em média, rendimento equivalente a 76,5% dos homens.

Além disso, a necessidade de combinação entre trabalho e afazeres domésticos leva muitas mulheres a buscarem trabalhos com horários mais flexíveis e, por consequência, que pagam menos, o que também ocasiona para elas um impedimento fático ao acesso às funções de chefia ou gerenciamento, sendo este um fator preponderante na diferenciação de renda, já que somente 37,8% dos cargos gerenciais são ocupados por mulheres.

Outro aspecto preponderante, segundo uma das pesquisadoras responsáveis pelo relatório, Bárbara Cobo, é a existência da prática de discriminação identificada como “teto de vidro/*glass ceiling*, segundo a qual “A mulher tem a escolarização necessária ao exercício da função, consegue enxergar até onde poderia ir na carreira, mas se depara com uma ‘barreira invisível’ que a impede de alcançar seu potencial máximo”<sup>26</sup>.

Verifica-se, portanto, que por esse índice, o Brasil precisa, de fato, reforçar as suas políticas de enfrentamento da desigualdade de gênero no acesso ao mercado de trabalho, bem como em política remuneratória, de forma a se eliminar, completamente, referida discriminações e disparidades que, em último grau, identificam uma sociedade que não é sustentavelmente desenvolvida.

## 5. CONCLUSÕES

Um dos aspectos que gostaríamos de reforçar com o presente trabalho é a relação entre direito ao desenvolvimento, desenvolvimento sustentável e políticas públicas.

---

25 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas de Gênero – Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estatísticas\_de\_Genero/Indicadores\_sociais\_das\_mulheres\_no\_Brasil/Sumario\_de\_Tabelas\_Estatísticas\_de\_Genero.pdf>

26 AGENCIA IGBE NOTÍCIAS. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem.html>

Desde a assunção, pelo Estado brasileiro de obrigações internacionais relacionadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, do qual ele participou ativamente, seja como anfitrião da Rio +20, seja como agente ativo na formulação desses Objetivos, não faz qualquer sentido os órgãos políticos e jurídicos brasileiros quererem, para usar uma expressão comum, “descobrir a roda”.

É preciso, isto sim, que o Estado brasileiro, em todos os níveis federativos e institucionais, busque institucionalizar e/ou reforçar suas políticas públicas que deem eficácia concreta àqueles objetivos. E isso se alcança, primeiramente, com responsabilidade para com o futuro comum não só da sociedade brasileira, mas da comunidade internacional, no qual, desde uma perspectiva sistêmica, aquela está inserida.

Segundo o último Relatório do Índice de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), de 2017 (referente ao ano de 2015)<sup>27</sup>, o Brasil caiu 19 posições no plano da desigualdade social em relação ao relatório anterior, tornando-o no 10º país mais desigual do mundo.

Esse é um aspecto que deve ser reforçado, qual seja, que não deve ser admitida qualquer regressão nos níveis de inclusão e eliminação dos fatores de desigualdade social que tão solidamente gizam a sociedade brasileira, sendo, nesse sentido, preciso reforçar que aquelas obrigações decorrentes dos ODS são fatores essenciais para se enfrentar a persistência desses índices e fatores.

Se nenhuma sociedade é perfeita, no sentido de que consiga, em todos os níveis e circunstâncias, realizar na facticidade histórica os princípios de justiça e igualdade que deveriam vigorar, é também certo que o retorno à barbárie ou às políticas de “progresso”, no qual o econômico se sobrepõe às vidas e ao meio ambiente também não é, nem nunca será, uma opção válida.

Nesse sentido, para que não se repita a descrição contida na nona tese do conceito de história de Walter Benjamin<sup>28</sup>, é preciso que a sociedade brasileira seja um polo indutor e provocador da adoção dos Objetos do Desenvolvimento Sustentável, sob pena de lhe sobrar, quando muito, os escombros do progresso.

---

27 UNITED NATIONS. PNUD. *Ranking IDH Global 2015*. Disponível em <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>

28 “Há um quadro de Klee que se chama *Angelus Novus*. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso. BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o conceito de história*, in *O anjo da história*, tradução e organização João Barrento, Belo Horizonte: Autêntica, 2012, s/p.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA IGBE NOTÍCIAS. *Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem*, 2012. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem.htm>>

BBC NEWS. TALKING POINT SPECIAL. *Mary Robinson, UN Human Rights chief*, 21 November 2002. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/talking\\_point/forum/1673034.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/talking_point/forum/1673034.stm)>

BENJAMIM, Walter. Teses sobre o conceito de história. In: BARRENTO, João (Org). *O anjo da história*. tradução e organização João Barrento, Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

BRASIL. MINISTÉRIO DA RELAÇÕES EXTERIORES. *Negociações da Agenda de Desenvolvimento Pós-2015: Elementos Orientadores da Posição Brasileira, 2016*. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/ODS-pos-bras.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/ODS-pos-bras.pdf)>

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2 ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CRUPTON, Charles David et al. Avaliação de políticas públicas no Brasil e nos Estados Unidos: análise da pesquisa nos últimos 10 anos. *Revista de Administração Pública*, 2016, vol 50, nº 6, pp. 981-1001.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, MOREIRA, David Alves. Ensaio sobre o conceito de Direito ao Desenvolvimento, in DANNER, Fernando, DANNER, Leno Francisco, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier (Org). *Direito e/ao Desenvolvimento*. Porto Alegre: Editora Fi, 2016, p. 115-132.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Seuil, 1998, pp. 104-134.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, trd. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. *El valor del derecho y de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos: el ejemplo de Costa Rica*, in Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 169-191.

FERRAJOLI, Luigi. *La esfera do indecible y la división de poderes. Estudios Constitucionales*, 2008, año 6, nº 1, pp. 337-343.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas de Gênero – Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil*. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Estatisticas\\_de\\_Genero/Indicadores\\_sociais\\_das\\_mulheres\\_no\\_Brasil/Sumario\\_de\\_Tabelas\\_Estatisticas\\_de\\_Genero.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Estatisticas_de_Genero/Indicadores_sociais_das_mulheres_no_Brasil/Sumario_de_Tabelas_Estatisticas_de_Genero.pdf)>

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Women at Work Trends, 2016*, Disponível em: <[http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS\\_457317/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_457317/lang--en/index.htm)>

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and the expansion of International Law - Report of the Study Group of the International Law Commission*. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Fifty-eighth session, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006.

SENGUPTA, Arjun. *O Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano*, 2006. Disponível em: <[http://ww1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista\\_02/](http://ww1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista_02/)>.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, vol. 1, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

UNITED NATIONS. PNUD. *Ranking IDH Global 2015*. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>>

UNITED NATIONS. PNUD. *Human Development Report 1997: Human Development to Eradicate Poverty*, 1997. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/reports/global/1997/en/>>

UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. *Declaration on the Right to Development, Resolution 41/128*, 4 December 1986. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>

UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Los derechos humanos y la extrema pobreza. Informe presentado por el Experto independiente, Sr. Arjun Sengupta, E/CN.4/2006/43 2 de marzo de 2006*. Disponível em: <[http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/258987/E\\_CN.4\\_2006\\_43-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/258987/E_CN.4_2006_43-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y)>

UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. *Our Common Future, Chapter 2: Towards Sustainable Development. Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>>

UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. *Report of World Summit on Sustainable Development – Johannesburg, South Africa, 26 August-4 September 2002*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/aconf199-20.pdf>>

UNITED NATIONS. UN DOCUMENTS. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015*. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E)>

VÁSQUEZ, Rodolfo. *Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Trotta, 2006.

WEIL, Prosper. Le droit international em quête de son identité, Cours général de droit international public. *RCAD*, vol. 237, 1992.



## The Right to Development and the Sustainable Development Goals (SDGs). The principle of interdependence as a parameter for the creation and maintenance of public policies

**Abstract:** This work was structured on some objectives. The first was to prove that the Right to Development is realized in the form of Sustainable Development, whose understanding was made possible by the principle of interdependence. The second was to describe the relationship between the Right to Development and public policies, especially those aimed at achieving the Sustainable Development Goals, whose description and purpose were carried out in the third topic, having adopted the theme of gender discrimination as a paradigm in the labor market. Finally, it is concluded that there is a need for States in general, and Brazil in particular, to adopt and / or reinforce public policies that give effectiveness to their international obligations derived from the Sustainable Development Goals. The research method was critical and the procedure was bibliographic consultation.

**Keywords:** Human Rights, Right to development, Sustainable development, Principle of interdependence, Public policies.

### RESUMO BIOGRÁFICO

*Marcus Vinicius Xavier de Oliveira* é Professor Adjunto da Universidade Federal de Rondônia. Mestre e Doutor em Direito. Líder do Jus Gentium - Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional. Advogado.

# El fenómeno de la “agencificación” en la administración de la Unión Europea

## O fenômeno da “agencificação” na administração da União Europeia

Werner Miguel Kühn Baca\* 

**Resumen:** El artículo ofrece un análisis del proceso denominado “agencificación” que ha llevado a la UE a servirse de numerosas agencias a fin de cumplir con sus tareas administrativas. El enfoque se encuentra en el estatuto de estas agencias dentro del ordenamiento jurídico de la UE, la manera en la que éstas se establecen, su organización interna y financiamiento, los procedimientos de toma de decisiones, así como su funcionamiento. Se efectúa además una clasificación de las agencias conforme a determinadas categorías. Asimismo, se explican los desafíos a los que se enfrentan las agencias en su actividad cotidiana. Se expone igualmente su relación con las instituciones europeas, sobre todo en lo que respecta el control democrático y de legalidad que éstas últimas ejercen.

**Resumo:** O artigo oferece uma análise do processo que levou a UE a recorrer a numerosas agências para o cumprimento de suas tarefas administrativas. O enfoque recai sobre o estatuto dessas agências no sistema jurídico da UE, a forma como são estabelecidas, a sua organização interna e financiamento, os procedimentos de tomada de decisão, bem como o seu funcionamento. As agências também são classificadas de acordo com certas categorias. Da mesma forma, são explicados os desafios que as agências enfrentam em suas atividades diárias. É também exposta a sua relação com as instituições europeias, nomeadamente no que se refere ao controlo democrático e à legalidade que estas exercem.

**Palabras clave:** Proceso de integración, Derecho de integración económica regional, Administración supranacional, Agencias europeas, Unión Europea,

---

\* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo.  
E-mail: iuseuropaeum@yahoo.de  
Recibido: 06/11/2020. Aceptado: 8/03/2021.





Espacio Económico Europeo, Espacio de libertad, Seguridad y justicia, Relaciones internacionales, Derecho administrativo.

**Palavras-chave:** Processo de integração, Direito de integração econômica regional, Administração supranacional, Agências europeias, União Europeia, Área Econômica Européia, Espaço de liberdade, Segurança e justiça, Relações Internacionais, Direito administrativo.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo explicar la denominada “agencificación” en la administración europea, un fenómeno que juega un papel cada vez más importante en la actividad de la Unión Europea (“UE”). De hecho, existen actualmente alrededor de más de treinta agencias descentralizadas, cada cual ejerciendo funciones distintas y muchas veces suplantando a las instituciones mismas. Esta diversidad implica el riesgo de un desarrollo caótico y descoordinado, capaz de afectar de manera negativa al ordenamiento jurídico de la UE. A fin de establecer criterios comunes para la creación de dichas agencias, las instituciones europeas adoptaron en el año 2012 el denominado “Planteamiento Común”, el cual introduce una serie de principios comunes, permitiendo así de hacer de la “agencificación” un proceso más coherente, eficaz y responsable. A continuación, se expondrán los elementos característicos de toda agencia europea, con miras a permitir al lector entender mejor los desafíos que la UE ha tenido que afrontar en el curso de la evolución de su estructura administrativa.

## 2. LAS AGENCIAS DENTRO DE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DE LA UE

### 2.1. Denominación de las agencias

Cabe señalar en un principio que el nombre de una agencia en sí no dice mucho en cuanto a su estatuto jurídico. Las agencias pueden ser denominadas “agencias”, “oficinas”, “fundaciones”, “autoridades”, etc sin que se pueda deducir inmediatamente sus funciones precisas o su situación en la estructura institucional de la UE. Más bien es necesario analizar detalladamente su reglamentación interna para obtener más información. El presente trabajo tiene como objetivo demostrar que es posible resumir las características principales de las agencias a pesar de la gran diversidad que existe entre ellas.

### 2.2. Estatuto jurídico

Los tratados constitutivos de la EU mencionan “instituciones, agencias y otros organismos”, de lo que puede deducirse que existen importantes diferencias entre estas categorías. El artículo 13 del Tratado de la UE (“TUE”) contiene una lista exhaustiva de las instituciones de este sistema de integración, entre las cuales figuran el Parlamento Europeo, el Consejo,

la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), por solo mencionar las más importantes para los fines de este artículo. Cabe destacar que los tratados no incluyen ninguna lista similar de agencias. De hecho, salvo ciertas excepciones limitadas a EUROPOL, EUROJUST, EDA y la Fiscalía Europea (“EPPO”)<sup>1</sup>, los tratados no las mencionan en absoluto. En consecuencia, resulta factible concluir que no existe ningún límite al número de agencias que puedan crearse, de manera que la UE puede hacer uso de esta facultad cuando lo considere necesario. En cuanto a las modalidades de su creación, cabe señalar que, a diferencia de las instituciones, las agencias no tienen su fundamento en los tratados constitutivos mismos, sino en actos jurídicos derivados del Derecho de la UE, concretamente en reglamentos, los cuales determinan los objetivos y las competencias de cada agencia. Conforme a la definición del artículo 288(3) del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE (“TFUE”), el reglamento “tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. En otras palabras, las agencias son creadas una vez que sus reglamentos constitutivos entran en vigor en el ordenamiento jurídico de la UE, sin que sea necesario ningún tipo de transposición por parte de los Estados miembros. Estos últimos deberán aplicar el reglamento tal cual, en pleno reconocimiento de la agencia creada, lo que es particularmente importante para la cooperación entre la agencia y los Estados miembros. Además, mientras que las instituciones son establecidas por los tratados constitutivos, es decir, los instrumentos jurídicos de Derecho internacional público concluidos por los Estados miembros, las agencias son creadas únicamente por el legislador de la UE en el marco de un procedimiento legislativo como cualquier otro. Esto tiene la ventaja de poderse modificar más fácilmente las competencias y demás características de una agencia, sin que sea necesario recurrir al largo y políticamente arriesgado procedimiento de modificación de los tratados constitutivos, el cual requiere su aprobación conforme a las normas constitucionales de los Estados miembros que pueden prever que el acuerdo sea sometido a un referendo.

### **2.3. Personalidad y capacidad jurídica propia**

Resulta importante resaltar el hecho de que las agencias están dotadas de personalidad jurídica. Gozan además en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que conceda la legislación nacional a las personas jurídicas. Estas características permiten a las agencias actuar por sí solas, es decir, independientemente de la UE, en el orden jurídico internacional y concluir acuerdos administrativos con instituciones, además de otras agencias de la UE, Estados miembros, Estados terceros y organizaciones internacionales. El ejercicio de dicha personalidad jurídica es, sin embargo, limitado a lo estrictamente necesario para que

---

<sup>1</sup> Fiscalía Europea (artículo 86 TFUE); EUROPOL (artículos 85, 86 y 88 TFUE); EUROJUST (artículo 88 TFUE); EDA (artículos 42(3) y 45 TUE).

las agencias puedan cumplir las funciones asignadas por el legislador de la UE. El alcance de dichas limitaciones se podrá generalmente deducir de las disposiciones del reglamento constitutivo, las cuales especificarán cuáles serán los procedimientos a seguir, así como las instituciones de las cuales se requerirá una autorización para poder concluir un acuerdo con las entidades anteriormente mencionadas. Normalmente, los acuerdos administrativos serán sometidos a la autorización previa de la Comisión, quien vela porque las agencias no excedan sus competencias, mientras que será suficiente informar al Parlamento una vez que el acuerdo haya sido concluido. El requisito de obtener una autorización previa implica que la Comisión tendrá igualmente derecho a exigir las modificaciones al proyecto de acuerdo administrativo que ésta considere necesarias. Por lo tanto, la Comisión podrá de cierta manera imponer a las agencias su visión de cómo éstas deberán cumplir sus funciones.

#### **2.4. El papel de las agencias en la contratación pública europea**

Estar dotado de capacidad jurídica es esencial en lo que respecta la contratación pública. Los reglamentos constitutivos especifican que la agencia “podrá adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles”, lo que implica la celebración de contratos de compraventa de bienes, así como de contratos que tienen como objeto la adquisición de servicios. Al igual que las instituciones de la UE, las agencias requieren de bienes y servicios para poder cumplir sus funciones. Dichos contratos pueden prever la adquisición de simple material de oficina o incluso de material altamente técnico. Los servicios adquiridos pueden estar relacionados a aspectos tan simples como la limpieza de infraestructura o prever actividades inherentes a sus funciones, como la vigilancia de las fronteras exteriores del espacio Schengen y el transporte de inmigrantes ilegales a su país de origen mediante aviones privados previamente alquilados. Siendo las agencias parte de la UE, están obligadas a aplicar las reglas de contratación pública establecidas en los reglamentos financieros<sup>2</sup>. A fin de tener en cuenta el estatuto particular de las agencias, se aplican reglas específicas (establecidas en los “reglamentos financieros marco”)<sup>3</sup>, las cuales se incorporan a los reglamentos financieros de las respectivas agencias. Las agencias pueden celebrar contratos con instituciones, otras agencias y operadores económicos establecidos en la UE o en Estados terceros. En ciertos casos, la cooperación entre agencias está

---

<sup>2</sup> Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1296/2013, (UE) n° 1301/2013, (UE) n° 1303/2013, (UE) n° 1304/2013, (UE) n° 1309/2013, (UE) n° 1316/2013, (UE) n° 223/2014 y (UE) n° 283/2014 y la Decisión n° 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 (DO L 193 de 30.7.2018, p. 1).

<sup>3</sup> Reglamento Delegado (UE) 2019/715 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2018, relativo al Reglamento Financiero marco de los organismos creados en virtud del TFUE y el Tratado Euratom y a los que se refiere el artículo 70 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 122 de 10.5.2019, p. 1).

expresamente prevista en los reglamentos constitutivos, a fin de asegurar la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico de la UE, como es el caso de la cooperación con el CDT y la Oficina de Publicaciones, entidades encargadas de cumplir funciones específicas.

Resulta importante recordar en este contexto que, al ejercer la UE de manera exclusiva las competencias de sus Estados en el área del comercio internacional en bienes y servicios<sup>4</sup>, los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (“OMC”) prevén que la UE es miembro de pleno derecho, junto con sus 27 Estados miembros. Por lo tanto, debe cumplir con las obligaciones que emanan de dichos acuerdos. Al no figurar explícitamente en el Acuerdo sobre Contratación Pública (“ACP”) como autoridades públicas sujetas a las disposiciones de este convenio, las agencias mismas no están obligadas a cumplir con las reglas de la OMC en materia de contratación pública, a diferencia de determinadas instituciones de la UE, como es el caso del Consejo, de la Comisión y del Servicio Europeo de Acción Exterior. Esta circunstancia significa para las agencias disponer de un mayor margen discrecional en la contratación pública con Estados terceros.

## **2.5. Autonomía administrativa**

Las agencias gozan de autonomía administrativa en el sentido que pueden decidir libremente sobre su personal y su organización interna, a fin de responder de manera adecuada a sus respectivas necesidades, obviamente siempre y cuando se garantice la conformidad con el marco jurídico vigente. Pueden contratar y despedir personal conforme a las disposiciones del estatuto de funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE, las cuales son aplicables respectivamente a funcionarios y a agentes temporales/contractuales<sup>5</sup>. Mientras que en las instituciones laboran funcionarios y agentes temporales/contractuales, predomina la segunda categoría de empleados en las agencias. Mientras que los funcionarios son nombrados por acto administrativo, los agentes concluyen un contrato de empleo con la agencia. La duración de dichos contratos puede variar de una agencia a otra, pudiendo ser de 3 años (renovables), como en FRONTEX, a 9 años (no renovables), tal como es el caso en EUROPOL.

Disponer de autonomía administrativa implica igualmente que las agencias pueden fijar sus propios objetivos concretos y adoptar las medidas necesarias para alcanzarlos, obviamente dentro de los límites establecidos por el reglamento constitutivo y de las prioridades políticas determinadas por las principales instituciones de la UE en la materia, es decir, por el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión<sup>6</sup>. Dichas instituciones

---

4 La competencia exclusiva de la UE en materia de comercio exterior en bienes y servicios resulta del artículo 2(1) TFUE en combinación con el artículo 3(1)(e) TFUE.

5 Reglamento n° 31 (CEE) 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

6 LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P., *European Union Law*, 3ª ed., Oxford 2011, 13-123, p. 559.

establecen las prioridades políticas que deberán ser implementadas luego por las agencias a través de un plan de acción.

Las agencias disponen igualmente de cierta autonomía financiera, pudiendo decidir a qué proyectos deben asignarse fondos. Cada agencia adopta su propio reglamento financiero interno, el cual refleja las disposiciones del reglamento financiero aplicable a las instituciones y exige el cumplimiento de los principios financieros de la UE<sup>7</sup>. Cabe señalar en este contexto que el financiamiento de las agencias proviene en gran parte del presupuesto de la UE, de contribuciones de los Estados miembros y de aquellos Estados asociados que participan en las actividades de dichas agencias, así como de servicios prestados. Cuando Estados terceros participen en las actividades de las agencias, éstos estarán obligados a contribuir al presupuesto de la agencia respectiva, conforme a las disposiciones incluidas en los reglamentos constitutivos y en los acuerdos de asociación con la UE. Como se verá más adelante, es el Parlamento quien aprueba el presupuesto plurianual de la UE, el cual incluye los recursos que se asignarán a las respectivas agencias. Esta competencia da un poder considerable al Parlamento, haciendo de éste un garante del control democrático de las actividades de las agencias.

## **2.6. Una nueva forma de administración europea**

### **a) La noción de administración**

Desde un punto de vista jurídico, el concepto de “administración” significa la aplicación y la ejecución del Derecho de la UE por las autoridades competentes. La aplicación implica tanto una actividad de hecho, así como la adopción de normas y/o actos jurídicos de implementación. Se distingue de la actividad legislativa y judicial, atribuidas respectivamente al Parlamento y al Consejo, por una parte, y, por otra parte, al TJUE. La UE sigue de cierta manera el modelo de la división de poderes conocida a nivel estatal sin copiarlo por completo. En el curso de su historia, la UE ha desarrollado diversos tipos de administración, constituyendo la “agencificación” una nueva forma que, tal como se verá más adelante, ha suscitado interrogantes en cuanto a su compatibilidad con los tratados constitutivos. Antes de exponer en que consiste este nuevo tipo de administración, conviene describir brevemente sus formas más tradicionales.

### **b) Formas tradicionales de administración**

Una de las formas tradicionales de administración es la aplicación directa del Derecho de la UE por las instituciones mismas. En este contexto se destaca el rol de la Comisión como órgano ejecutivo por excelencia. Otra forma de administración consiste en su aplicación indirecta por los Estados miembros, los cuales están llamados a determinar los órganos y

---

<sup>7</sup> Estos son los principios de unidad, veracidad presupuestaria, anualidad, equilibrio, unidad de cuenta, universalidad, especialidad, buena gestión financiera y transparencia.

los procedimientos necesarios (“autonomía procesal”)<sup>8</sup>, imponiendo como única condición que la aplicación sea eficaz (“principio de eficiencia”) y que los derechos otorgados a los individuos no sean tratados de manera menos ventajosa que los derechos garantizados por el Derecho nacional (“principio de equivalencia”)<sup>9</sup>. El artículo 291(1) TFUE, conforme al cual “los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la UE” parte de la premisa que ésta es la modalidad standard de administración<sup>10</sup>. El Derecho de la UE generalmente da libertad a los Estados miembros en cuanto a la aplicación del Derecho administrativo material y procesal, siempre y cuando no regule el mismo esta materia. Dentro de esta categoría de aplicación indirecta cabe identificar la constelación en la cual el Derecho de la UE no confiere a los Estados miembros ningún margen de discreción, exigiendo su aplicación tal cual por las autoridades nacionales. Según otra constelación, el Derecho de la UE confiere un margen de discreción a las autoridades nacionales, limitándose a determinar los objetivos a alcanzar, así como ciertos criterios útiles a tomar en cuenta, de manera que los Estados miembros están llamados a adoptar normas propias a fin de asegurar su aplicación a nivel nacional.

### **c) La administración a través de agencias**

La administración a través de agencias, no prevista en el momento de la creación de la UE, se diferencia claramente de las formas más tradicionales descritas en el párrafo anterior, en el sentido de que prevé la creación de estructuras institucionales mixtas, haciendo posible la participación conjunta de entidades supranacionales y nacionales<sup>11</sup>. En efecto, las agencias son entidades supranacionales que, no obstante, requieren la colaboración de los Estados miembros a fin de dotar de eficacia a sus acciones. Los Estados miembros están representados en las agencias por los miembros del consejo de administración, quienes tienen derecho a voto y participan en la elaboración de decisiones, así como en el control de la actividad de la respectiva agencia. Los Estados miembros se convierten de esta manera en parte de la administración en la medida en que están llamados a implementar las decisiones adoptadas por la agencia en su respectivo ámbito

---

8 El artículo 19(1) TUE hace referencia a la autonomía procesal de los Estados miembros. Sin embargo, se refiere a un ámbito específico relacionado a “las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la UE”. Por lo tanto, no es tan relevante en el contexto puramente administrativo que se discute en el presente artículo.

9 Ver sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018 en el asunto C-571/16, *Kantarev*, EU:C:2018:807, apartados 124 y 125, así como sentencia de 8 de marzo de 2017, C-14/16, *Euro Park Service*, EU:C:2017:177, apartado 36.

10 FRENZ, W., “Vollzug des Europarechts”, *Handbuch Europarecht*, Berlin/Heidelberg 2010, apartado 1743, p. 523.

11 CALLIES, C. *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta* (ed. Christian Calliess/Matthias Ruffert), Múnich 2011, artículo 13 EUV, apartado 36, p. 221, habla de la creación de una “red europea de administración” a través de una unión de la administración nacional y supranacional.

nacional. Por lo tanto, los Estados miembros juegan un rol determinante en la preparación, adopción y aplicación de actos administrativos, lo cual tiene la ventaja de garantizar la aceptación de esta forma de administración. Esto tiene a su vez como consecuencia de asegurar la implementación efectiva del Derecho de la UE a nivel nacional. A través de su representación en el consejo de administración, los Estados miembros toman conciencia de su responsabilidad (“accountability”) en la toma de decisiones a nivel supranacional. La necesidad de dialogar con representantes de otros Estados miembros y de las instituciones les recuerda que existen realidades distintas que resulta necesario tener en cuenta. De cierta manera, los Estados miembros obtienen acceso a la perspectiva supranacional, obligándoles a dejar de lado egoísmos nacionales. Cabe señalar en este contexto que la posibilidad de tener un intercambio con colegas de otros Estados miembros sobre aspectos esencialmente técnicos tiene la ventaja de “despolitizar” muchos temas potencialmente sensibles, algo que la UE ya había logrado en los inicios del proceso de integración europeo mediante la asignación de tareas a la Comisión en su calidad de entidad supranacional.

Las agencias constituyen así una forma de administración intermedia entre la estrictamente supranacional y la descentralizada. Siendo los Estados miembros quienes se encargan de aplicar el Derecho de la UE, asistidos muchas veces por la agencia, el consejo de administración puede encargarse de verificar él mismo el cumplimiento de esta obligación y hacerlo constar en un reporte periódico de las actividades. Al informar a los Estados miembros del progreso en la implementación del Derecho de la UE a nivel nacional, pueden ellos ejercer presión política sobre aquellos que muestran déficits en el cumplimiento, lo que tiene como efecto de aliviar el trabajo de la Comisión, a quien recae generalmente el papel de “guardiana de los tratados” en el ordenamiento jurídico de la UE. Violaciones del Derecho por parte de los Estados miembros pueden ser así evitadas, haciendo innecesario que la Comisión abra recursos por incumplimiento contra ellos. Además del consejo de administración, la agencia cuenta con el apoyo de expertos nacionales, quienes pueden reunirse en la sede de la agencia y discutir problemas actuales. Esta representación de los Estados miembros les permite deducir que la agencia les “pertenece”, lo que, sin embargo, no debe llegar a la conclusión errónea de que la barrera entre el nivel supranacional y el nivel nacional cesa de existir. Esta forma de administración tiene como objetivo de lograr una mayor participación de los Estados miembros en la toma de decisiones a nivel supranacional.

#### **d) Clasificación de las agencias**

Al hablar de “administración” por parte de agencias, es indispensable tener en cuenta el tipo de funciones que éstas ejercen. La variedad de funciones permite clasificarlas de manera más precisa. Para evitar malentendidos, hay que señalar de antemano que el presente artículo trata únicamente de las

llamadas “agencias descentralizadas”, mas no de las “agencias ejecutivas”. La segunda categoría de agencias comprende entidades administrativas incorporadas en la estructura interna de la Comisión, sin personalidad jurídica propia, a las cuales se les ha asignado la tarea de ejecutar determinados programas de la misma. La primera categoría de agencias engloba las entidades administrativas dotadas de capacidad jurídica, tal como se ha mencionado anteriormente, cuyas funciones se distinguen de aquellas que la Comisión ejerce normalmente.

Respecto a las funciones generalmente asignadas a las agencias, cabe distinguir (i) la recopilación y diseminación de información, (ii) la asistencia técnica, (iii) la reglamentación de un ámbito determinado, (iv) supervisión/control y (v) la ejecución de operaciones<sup>12</sup>. Mientras que ciertas agencias cumplen su función asistiendo a la Comisión y a los Estados miembros o produciendo documentos de “soft law”, permitiendo a estos últimos aplicar el Derecho de la UE de manera más eficiente, otras pueden influir directamente en el mercado interior, adoptando decisiones que afectan la posición jurídica de agentes económicos. Asimismo, algunas agencias están encargadas de enviar efectivos a los Estados miembros o incluso a Estados terceros, con el objetivo de ejecutar la normativa europea. Algunas agencias prestan servicios a otras, reforzando así la red de cooperación.

También es, en principio, posible clasificar las agencias conforme a su respectiva área de competencia, el pilar (comunitario o intergubernamental, según la división que existía antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) en el que se les estableció, por periodo de creación, tamaño, el círculo de beneficiarios de los servicios de la agencia, el origen de sus recursos y financiamiento, el tipo de consejo administrativo, etc. Sin embargo, dichos criterios de clasificación son menos extendidos, prefiriéndose el tipo de función como criterio relevante.

#### **e) El concepto de “Derecho administrativo” en el ordenamiento jurídico de la UE**

Conviene hacer un breve paréntesis para explicar el concepto de “Derecho administrativo” en el ordenamiento jurídico de la UE. Al igual que en los ordenamientos jurídicos nacionales, este concepto incluye el Derecho administrativo material y procesal. Bajo Derecho “material” se entiende generalmente el conjunto de normas que articulan las políticas de la UE, sea a nivel supranacional o nacional, mientras que el Derecho “procesal” reglamenta la manera en que interactúan las instituciones de la UE, los Estados miembros e individuos.

El Derecho administrativo de la UE es tan antiguo como el proceso

---

<sup>12</sup> Existen varios tipos posibles de clasificación. Véase al respecto el informe de la Comisión de Asunto Constitucionales del Parlamento Europeo de 30 de enero de 2019 sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas (procedimiento: 2018/2114(INI) / Texto: A8-0055/2019).



de integración mismo. No importa que se trate de la reglamentación de ayudas a la agricultura, de las disposiciones relativas a la unión aduanera, de la autorización de fusiones entre empresas, del registro de marcas, etc, el Derecho administrativo de la UE es hoy en día omnipresente. La UE nació como una organización altamente burocrática con miras a fomentar la cooperación entre los Estados miembros. Al asumir la UE cada vez más competencias, es obvio que el Derecho administrativo nacional sea remplazado por un nuevo Derecho administrativo supranacional de características propias. Este nuevo Derecho administrativo supranacional se nutrió de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, incorporando principios generales tan importantes como el principio de proporcionalidad y el de seguridad jurídica, la cual conoce a su vez diversas manifestaciones, tales como la confianza legítima y la prohibición de la retroactividad<sup>13</sup>. A éstos se suman otros principios esenciales del Derecho administrativo como la obligación de motivar las decisiones adoptadas por las instituciones de la UE y de permitir un acceso al expediente.

Estos principios muchas veces se encontraban codificados en el Derecho administrativo mismo, el cual podía constituir de un solo reglamento. Sin embargo, fue el TJUE quién, en primer lugar, exigió que se les tomara en cuenta incluso si no estaban codificados expresamente y, en segundo lugar, desarrolló otros principios que el legislador no había previsto en un inicio. Por lo tanto, el TJUE ha venido jugando un papel primordial en la evolución del Derecho administrativo supranacional. Muchos de estos principios creados por vía jurisprudencial fueron incorporados posteriormente en los códigos administrativos de la UE. Más importante aún, algunos de estos principios han sido incluso codificados en la Carta de Derechos Fundamentales<sup>14</sup> (de no encontrarse ya en los tratados constitutivos mismos<sup>15</sup>), la cual tiene rango de Derecho primario en el ordenamiento jurídico de la UE<sup>16</sup>. Ha de

---

13 WIDDERSHOVEN, J. "Developing administrative law in Europe: Natural convergence or imposed university?", *Review of European Administrative Law*, vol. 7, nº 2, 2014, p. 9.

14 Véase el artículo 41 de la Carta que menciona el principio de buena administración, según el cual toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la UE traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Además, toda persona tiene derecho a la reparación por la UE de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Finalmente, toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la UE en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

15 Véase el artículo 5 TUE que hace referencia a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, así como el artículo 296 TFUE relativo a la obligación de motivar los actos jurídicos adoptados por las instituciones de la UE. Asimismo, el artículo 298(1) TFUE establece que "en el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la UE se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente".

16 Véase sentencia del TJUE de 19 de enero de 2010 en el asunto C-555/07, *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21, apartado 22.

señalarse que esta circunstancia no impide que el TJUE siga desarrollando principios de Derecho administrativo. Todo lo contrario, el TJUE tiene la competencia de interpretar los principios ya reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales y de hacerlos evolucionar, al mismo tiempo que crea nuevos principios<sup>17</sup>. La competencia del TJUE de hacer evolucionar el Derecho de la UE a través de su jurisprudencia ha sido reconocida incluso por los tribunales constitucionales de los Estados miembros<sup>18</sup>, dejando de lado casos determinados de oposición por parte de órganos judiciales nacionales<sup>19</sup>.

Conviene utilizar el término “códigos” en plural, pues no existe hasta la fecha un código administrativo único de la UE. El Derecho administrativo aplicable puede variar considerablemente dependiendo de la materia. Aunque existan muchas veces principios generales que, como lo dice el término mismo, sean de aplicación “general” (o “universal”), éstos pueden manifestarse de manera diferente conforme a las exigencias de la administración. Por ejemplo, la obligación de motivación puede depender del contexto administrativo y del interés que pueda tener un individuo en saber las razones por las cuales se adoptó una decisión administrativa determinada que le afecta<sup>20</sup>. Tal decisión puede igualmente ser sujeta a un control menos estricto a la luz del principio de proporcionalidad, dependiendo del poder discrecional que tenga la administración. Asimismo, consideraciones relacionadas a la seguridad pública pueden exigir una aplicación matizada de estos principios<sup>21</sup>. Los plazos previstos para presentar una solicitud o interponer un recurso pueden ser más breves que otros, dependiendo del interés que tenga la administración en crear seguridad jurídica. Ciertos recursos pueden prever un análisis completo de legalidad o ser limitados a impedir decisiones arbitrarias<sup>22</sup>. Estas consideraciones impiden la creación de un código administrativo único.

---

17 Lo que se debe principalmente al hecho de que el artículo 6 TUE distinga entre los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, por un lado, y los principios generales del Derecho de la UE, por otro lado, los cuales son influenciados por la interpretación que se da Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

18 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 6 de julio de 2010 en el asunto 2 BvR 2661/06, DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106, apartado 62.

19 Véase KÜHN, W.M. “La responsabilidad extracontractual de la UE a raíz de la violación por parte del TJUE del derecho fundamental a una duración razonable del proceso”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, 2018, año 6, n° 12.

20 Véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de noviembre de 2012 en los asuntos C-539/10 P y C-550/10 P, *Al-Aqsa/Consejo y Países Bajos/Al-Aqsa*, EU:C:2012:711, apartado 139; de 11 de julio de 2013 en el asunto C-444/11 P, *Team Relocations y otros/Comisión*, no publicada, EU:C:2013:464, apartado 120, y de 28 de marzo de 2017 en el asunto C-72/15, *Rosneft*, EU:C:2017:236, apartado 122.

21 Véase la sentencia de 15 de febrero de 2016 en el asunto C-601/15 PPU, J.N, EU:C:2016:84, apartado 53. Véase, en este sentido, VAN DROOGHENBROECK, S.; RIZCALLAH, C. *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne — Commentaire article par article*. Bruylant, Bruselas, 2018, pp. 1099 y 1103.

22 Véase las conclusiones del abogado general Pikamäe de 9 de setiembre de 2020 en los asuntos acumulados C-225/19 y C-226/19, *R.N.N.S. y K.A./Minister van Buitenlandse Zaken*, EU:C:2020:679, apartado 99.

Además, es importante tener en cuenta en este contexto que el Derecho administrativo de la UE no solo incluye principios generales dotados de fuerza jurídica, cuya vulneración puede llevar a la ilegalidad (e incluso a la nulidad) de la decisión administrativa, aparte de un derecho a indemnización por el perjuicio sufrido por el afectado, sino también otros principios cuyo cumplimiento simplemente se recomienda a fin de garantizar una “buena administración”. Efectivamente, existen ciertas exigencias que impone la “buena administración” que, de no ser cumplidos, no llevan necesariamente a la ilegalidad de una decisión administrativa. La falta de respeto de dichas exigencias constituye simplemente un mal ejemplo de administración que debe ser evitado. La distinción entre estas exigencias y los vicios legales no es siempre fácil, sobre todo porque ciertos vicios legales pueden ser subsanados por la administración misma por no ser considerados tan graves. Este es generalmente el caso de ciertos errores formales que no afectan el fondo de la decisión administrativa. Sin embargo, es importante poder diferenciar los diversos casos, ya que de ello depende la competencia de los órganos de la UE encargados de hacer respetar la legalidad. Es así que mientras que el TJUE se encarga únicamente del examen de vicios legales, el Defensor del Pueblo Europeo (“DPE”) se dedica además de examinar casos de “mala administración”, conforme al artículo 228 TFUE<sup>23</sup>. Por lo tanto, su competencia es mucho más amplia, independientemente de los instrumentos muy específicos de los cuales éste dispone que consisten más que nada en denunciar públicamente los casos de mala administración y solicitar a las autoridades que se les remedie.

A pesar de la dificultad en crearse un código administrativo único de la UE, ya ha habido algunos intentos de por lo menos codificar los procedimientos. Cabe mencionar la resolución del Parlamento del 15 de enero de 2013 en que recomendaba a la Comisión la creación de una Ley de Procedimiento Administrativo de la UE<sup>24</sup>. Por su parte, el Tribunal de Cuentas en su Dictamen N° 1/2015 abogaba por esta misma idea<sup>25</sup>. El 13 de enero de 2016, se publicó la propuesta de reglamento de procedimiento administrativo para la UE y que adoptó la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento la semana anterior.

La codificación del Derecho administrativo de la UE tiene

---

23 El DPE y la Comisión han desarrollado separadamente “códigos de buena conducta administrativa”, los cuales no tienen valor jurídicamente vinculante. No obstante, tienen cierta autoridad en la práctica administrativa de las instituciones y otras entidades europeas en la medida que incorporan principios reconocidos por la jurisprudencia del TJUE, los tratados constitutivos de la UE, así como la Carta de Derechos Fundamentales.

24 Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea (procedimiento: 2012/2024(INL) ; texto presentado : A7-0369/2012).

25 Dictamen n° 1/2015 del Tribunal de Cuentas de la UE sobre una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) no 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (2015/C 52/01) (DO C 52 de 13.2.2015, p. 1).

consecuencias importantes, pues tiene como efecto complementar o incluso desplazar al Derecho administrativo nacional. Esto significa que las autoridades nacionales deberán aplicar conceptos autónomos conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico de la UE. Cuando el legislador no prevea procedimientos administrativos específicos, el Derecho material podrá ser aplicado conforme a los procedimientos conocidos en el Derecho administrativo nacional, respetándose la autonomía procesal de los Estados miembros, ya mencionada anteriormente. Sin embargo, a medida que el legislador de la UE se vaya aventurando a reglamentar los procedimientos a seguirse para aplicar el Derecho administrativo material, esto obviamente significará que la autonomía procesal se verá reducida cada vez más.

## 2.7. Apertura institucional

La UE es muy recelosa de la integridad de su ordenamiento jurídico, habiendo enfatizado el TJUE en muchas ocasiones la necesidad de preservar su unidad, coherencia y primacía<sup>26</sup>. Si bien es cierto que el proceso de integración europeo ha evolucionado hasta el punto de aceptar una “integración de velocidades distintas”, permitiendo que los Estados miembros se unan a los diversos proyectos de integración que ofrece la UE (por ejemplo: la unión monetaria, el área de libertad, seguridad y justicia, la creación del Tribunal Unificado de Patentes (“TUP”) mediante el mecanismo de “cooperación reforzada” con arreglo al artículo 329 TFUE<sup>27</sup>, la cooperación en materia de seguridad y defensa en el marco de la denominada “cooperación estructurada permanente” prevista en los artículos 42(6) y 46 TFUE<sup>28</sup>, etc) cuando lo consideren conveniente, es claro que se han establecido ciertos límites a tal flexibilidad. Tal como se ha visto recientemente durante las negociaciones entre la UE y el Reino Unido relacionadas al retiro de este país y a la conclusión de un acuerdo de partenariado que aún debe ser definido en términos contractuales, la UE se opone a todo tipo de segmentación del mercado interior<sup>29</sup>. Por lo tanto, la UE rechaza la proposición del Reino Unido de poder permanecer en el mercado interior tras convertirse en un Estado tercero,

---

26 Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014 respecto a la adhesión de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos, apartados 164 y siguientes.

27 El TUP no está incorporado en el TJUE, sino que constituye una jurisdicción aparte, creada por iniciativa de la mayoría de Estados miembros (Polonia, España e Italia estaban opuestas en un inicio) y algunos Estados terceros a base de un acuerdo internacional. A pesar de su origen en el Derecho internacional, el TUP deberá aplicar el Derecho material de patentes creado por la UE mediante dos reglamentos. Las patentes emitidas tendrán doble efecto, en el sentido de tener naturaleza supranacional y nacional (en la totalidad de los Estados participantes). La sede del TUP se situará en París, con secciones en Londres y Múnich, y divisiones regionales y locales (véase WATHELET, M.; WILDEMEERSCH, J. *Contentieux européen*, 2ª ed. Bruselas, 2014, p. 89).

28 Véase LOPEZ-JACOISTE DIAZ, E. “La Nueva Cooperación Estructurada Permanente: Impulso Definitivo para una Verdadera Política Común de Seguridad y Defensa en Europa”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 2018, p. 1075, para mayores detalles.

29 Ver respecto al Brexit, KÜHN, W. M. “Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una posible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, 2016, año 4, n° 8, p. 64.

excluyendo completamente o, por lo menos, limitando considerablemente la libre circulación de trabajadores.

A excepción de este caso particular, la UE ha aceptado en ciertas ocasiones que Estados terceros se unan voluntariamente al proceso de integración sin tener que adherirse a la UE y obtener el estatuto de miembro de pleno derecho. Tal es el caso de la integración en el marco del mercado interior con ciertos Estados miembros de la Asociación de Libre Comercio (“European Free Trade Association” o “EFTA” por sus siglas en inglés)<sup>30</sup>, lograda por medio de la conclusión del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (“EEE”). Este acuerdo permite una extensión de las libertades del mercado interior de la UE hacia dichos Estados<sup>31</sup>. Otro ejemplo que ilustra la apertura del proceso de integración europeo es la participación de los Estados de EFTA en el acervo jurídico de Schengen, es decir el conjunto de normas que permite la libre circulación de personas exento de controles fronterizos en el espacio geográfico conformado por los Estados participantes<sup>32</sup>. Esta participación es posible gracias a los acuerdos concluidos entre la UE y los respectivos Estados de EFTA.

Debido al alto grado de integración en las áreas mencionadas y teniendo en cuenta la necesidad de asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho de la UE, es necesario prever una cooperación institucional muy estrecha. Precisamente en este contexto el aspecto administrativo es esencial. Resulta importante destacar que el método que se ha seguido para lograr la incorporación de los Estados de EFTA en el mercado interior y en el espacio Schengen es muy distinto. Mientras que en el primer caso se han creado instituciones paralelas bastante complejas en el seno de EFTA (estructura denominada de los “dos pilares”), garantizando así una autonomía formal, en el segundo caso los Estados de EFTA se han asociado individualmente a la UE a base de acuerdos bilaterales que solo prevén una institucionalidad básica, en forma de comités mixtos. La participación de los Estados de EFTA en ambos proyectos planteó ciertos problemas, teniendo en cuenta que el fenómeno de la agencificación se presenta igualmente en ambas áreas. Al operar varias agencias en el ámbito del mercado interior y del espacio Schengen, hubo que desarrollarse la manera de permitir una participación de los Estados de EFTA en la actividad de dichas agencias. De lo contrario, hubiera sido muy difícil garantizar la implementación en dichos Estados de las decisiones adoptadas en el seno de las agencias. También hubiera sido complicado resolver el sensible problema relacionado a la legitimidad democrática de la vigencia del Derecho de la UE en los ordenamientos jurídicos de los Estados de EFTA.

---

30 Los Estados miembros de EFTA son Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza. Los tres primeros forman parte del Espacio Económico Europeo.

31 Véase respecto al Espacio Económico Europeo, KÜHN, W. M. “Reflexiones sobre una posible convergencia regional con la participación de la Comunidad Andina y el MERCOSUR. Lecciones de la experiencia integracionista europea”, *Política Internacional*, nº 109, julio-septiembre 2013.

32 Todos los Estados miembros de EFTA forman parte del espacio Schengen.

Además, hubiera sido un desperdicio de recursos prescindir del conocimiento técnico de expertos provenientes de estos países. Es necesario recordar que el Acuerdo sobre el EEA mismo exige en su artículo 100 la participación de dichos Estados en la fase previa al procedimiento legislativo, en la cual influyen las opiniones de expertos (“decision shaping”). Esa forma de participación es perfectamente compatible con los tratados de la UE, pues no confunde la calidad de “Estado miembro” y de “Estado asociado”. Cabe recordar que, en el Derecho de la UE, el estatuto de “Estado asociado” está generalmente dotado de menos privilegios en comparación al estatuto de “Estado miembro”, en la medida que el primer estatuto no prevé ningún tipo de participación en el proceso legislativo de la UE en el seno del Consejo. Más bien, el Estados asociado debe aceptar los actos legislativos adoptados por el legislador de la UE y, de estar previsto en los acuerdos de asociación, de incorporarlos en su ordenamiento jurídico nacional<sup>33</sup>. Se entiende que la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE no se ve perjudicada por una participación de tipo simplemente “tecnócrata”, al servicio del buen funcionamiento del EEE. Los reglamentos constitutivos de ciertas agencias prevén la participación de los Estados de EFTA como miembros con derecho a voto (en las materias que les conciernen) en el consejo de administración, mientras que en otras agencias se prevé por lo menos un estatuto de observador<sup>34</sup>.

La apertura institucional en las agencias no se limita a Estados terceros, sino que se extiende incluso a organizaciones internacionales. Al constituir las agencias verdaderos focos de competencia técnica<sup>35</sup>, sería inconcebible desechar el apoyo de organizaciones internacionales y de organizaciones no gubernamentales que operan en el mismo ámbito. Los reglamentos constitutivos de diversas agencias tienen cuenta de ello al prever la participación de entidades especializadas en el seno de los órganos de consulta de las respectivas agencias, lo cual permite un útil intercambio de ideas. En ciertos casos, organizaciones internacionales están incluso representadas en el consejo administrativo, no obstante, sin tener derecho a voto. La participación de organizaciones internacionales, de las cuales la UE en sí no es miembro (mas sí sus Estados miembros) – como es el caso de la Agencia de la ONU para los Refugiados (“UNHCR”, por sus siglas en inglés) en el consejo administrativo de EASO y en el fórum de consultación de FRONTEX – constituye un hecho remarcable que demuestra el compromiso de la UE con la comunidad internacional.

---

33 Sin embargo, esto no impide que se efectúen adaptaciones puntuales a los actos legislativos de la UE en el marco del comité mixto (el órgano decisorio de la asociación) a fin de tener en cuenta las necesidades del Estado asociado.

34 OESCH, M.; LANG, A. “EU-Agenturen und die Schweiz”. *Zeitschrift für Europarecht*, n° 6, noviembre 2014, p. 136.

35 CHITI, E. “Is EU Administrative law failing in some of its crucial tasks”. *European Law Journal*, 2016, vol 22, n° 5, p. 589.

## 2.8. Consecuencias del Brexit

### a) Posible participación futura del Reino Unido en las actividades de las agencias

Es probable que la apertura institucional de las agencias de la UE se ponga a prueba tras el Brexit. El 31 de enero de 2020 a medianoche, el Reino Unido dejó de ser un Estado miembro de la UE. Como consecuencia de ello, se ha convertido en un país tercero, independientemente de que el Acuerdo de Retirada<sup>36</sup> estableciera que algunas de sus obligaciones derivadas del Derecho de la UE seguirían en vigor a lo largo del año 2020. Esto significa que el Reino Unido ya no tiene derecho a participar en las actividades de las agencias de la UE a menos que se disponga lo contrario. Dicho esto, cabe señalar que, en el momento de la publicación de este artículo, la UE y el Reino Unido han celebrado y declarado provisionalmente aplicable un denominado “Acuerdo de comercio y cooperación”<sup>37</sup> (un acuerdo de asociación desde la perspectiva del Derecho de la UE). Ciertamente, no compensa la pérdida de la pertenencia a la UE, ya que su alcance es menos ambicioso, lo que significa que el Reino Unido no estará obligado a buscar la participación en todas las agencias de la UE.

Esto es cierto en el caso de la Fiscalía Europea, ya que esta agencia salvaguarda los intereses financieros de la UE (aunque no puede descartarse que la Fiscalía Europea tenga que dirigirse a las autoridades británicas de forma bilateral en determinadas circunstancias). Otros ejemplos de agencias que podrían no ser pertinentes para el Reino Unido son las encargadas de aspectos específicos del mercado interior. La razón es que dicho Acuerdo de Asociación reconoce explícitamente la autonomía de ambas partes en materia de regulación. Se trata de una petición expresa del Reino Unido que la UE ha aceptado. En otras palabras, el Reino Unido está ahora autorizado a adoptar sus propias normas, en particular en el ámbito de la protección laboral y medioambiental, sin tener que participar en el proceso de fijación de normas de la UE (ya sea en el marco de una agencia reguladora de la UE o en el marco de los procedimientos legislativos de la UE). Se trata de una diferencia significativa con respecto a la asociación con los Estados EFTA/EEE ya explicada anteriormente.

No obstante, ambas partes tendrán que evaluar cuidadosamente si la aplicación de dicho acuerdo de asociación hace obligatorio o, al menos, deseable que el Reino Unido se adhiera a una agencia específica. Para ello, el Reino Unido tendría que celebrar acuerdos administrativos con agencias

---

36 Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO L 29 31.1.2020, p. 7), firmado el 24 de enero de 2020. Entró en vigor el 31 de enero de 2020 a medianoche, cuando el Reino Unido abandonó la Unión Europea.

37 Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (DO L 444 de 31.12.2020, p. 14).

individuales, obviamente con la aprobación de la UE. La futura cooperación entre la UE y el Reino Unido sería de naturaleza estrictamente bilateral, similar al tipo de relaciones con otros países terceros. Europol ofrece un ejemplo clásico de cooperación bilateral con países terceros (con la participación de países como Albania, Australia, Colombia, Georgia, etc.), posibilitado por numerosos acuerdos. En esta fase, es demasiado pronto para decir con certeza cómo podría evolucionar esta cooperación, dado que dicho acuerdo de asociación se ha celebrado recientemente y que varios aspectos aún requieren un examen más detenido, así como una implementación a través de acuerdos bilaterales específicos. Desde esta perspectiva, el Brexit debe considerarse un proceso inacabado.

### **b) Empleo de ciudadanos británicos en las agencias**

Para el personal británico que trabaja en agencias de la UE, el nuevo estatuto del Reino Unido como país tercero trae ciertas desventajas con respecto a sus colegas. Es más probable que reciban un trato distinto, ya que el principio de equilibrio geográfico podría obligar a las agencias a privilegiar a los ciudadanos de la UE a la hora de ocupar puestos de trabajo. No puede excluirse que el personal británico pueda ser sustituido gradualmente por este último a largo plazo. No obstante, cabe señalar que, de conformidad con el estatuto de funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE, las agencias pueden mantener al personal británico si esta forma de actuar es “en el interés del servicio” (“*dans l’intérêt du service*”), es decir, si es “indispensable” para el funcionamiento de la agencia. Se trata de un requisito estricto para cada agencia, debido a su autonomía en materia de personal, que deberá evaluarse si se cumple en cada caso. Esta excepción ya se ha aplicado por analogía en otros casos, en los que las instituciones de la UE consideraron necesaria la contratación de ciudadanos de países terceros para aprovechar la experiencia y los conocimientos especializados de profesionales altamente calificados. En este contexto, el estatuto de funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE ya ofrecen soluciones adecuadas para garantizar una transición a la era posterior al Brexit.

## **2.9. Cooperación entre las agencias**

Al formar parte de la estructura institucional de la UE, es consecuente que las agencias estén llamadas a cooperar entre ellas en las áreas de común interés. Ya se ha mencionado anteriormente la cooperación que tienen las agencias con el CDT y la Oficina de Publicaciones en el marco de la contratación pública, prevista expresamente en los reglamentos constitutivos. Aparte de esto, las agencias que operen en un ámbito similar o estén interesadas en una categoría determinada de servicios pueden cooperar, adquiriéndolos de manera conjunta (“*joint procurement*”). Los reglamentos financieros de la UE prevén este tipo de cooperación a fin de aprovechar las ventajas que trae, es



decir, el ahorro de recursos financieros y el beneficio de efectos sinérgicos. Este tipo de cooperación exige generalmente que dos o más agencias se pongan de acuerdo sobre los servicios o bienes que se planea adquirir (por ejemplo, la adquisición de servicios de vigilancia aérea entre FRONTEX, EFCA y EMSA), las modalidades de cooperación inter partes (asignación interna de recursos o bienes adquiridos conforme a las necesidades de cada agencia), así como cual agencia se encargará de organizar el procedimiento de contratación pública (publicación de la licitación, evaluación de ofertas, adjudicación del contrato).

Muchas agencias están destinadas a cooperar entre ellas por el hecho de operar en la misma área. El legislador de la UE muchas veces ha incluso previsto una complementariedad de funciones, haciendo de determinadas agencias aliadas naturales. Tal es el caso de agencias como FRONTEX, EUROPOL y EUROJUST, las cuales están encargadas de luchar contra la delincuencia en el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia que el artículo 3(2) TUE establece. Se podría incluir también a eu-LISA a esta lista debido a su apoyo informático a las agencias mencionadas que operan en esta área. En el caso que los tratados no prevean una cooperación explícita, ésta se verá reglamentada de manera abstracta en los reglamentos constitutivos, otorgando a las agencias respectivas el poder de concluir acuerdos administrativos entre ellas, en los cuales la cooperación será reglamentada de manera más detallada. El requisito de someter tales acuerdos administrativos a la aprobación de la Comisión (y se informe al Parlamento de ello) asegura que se respete el requisito de compatibilidad con la normativa de la UE, como se explicará más adelante.

La cooperación entre las agencias puede concretizarse igualmente a través de un intercambio de conocimiento y de experiencia en ámbitos que pueden comprender temas tan diversos como asuntos de función pública, contratación pública, litigios, así como la creación de una escuela europea para los hijos de funcionarios en el Estado miembro de acogida. El intercambio de conocimiento puede ser directamente entre las agencias o en un marco más institucionalizado como es la “Red de agencias de la UE”, a la cual es también suele ser invitada la Comisión. Al verse las agencias confrontadas a desafíos muy similares, resulta comprensible que se haya desarrollado una cooperación tan estrecha. Se benefician así las agencias más “jóvenes” de la experiencia adquirida por las agencias más antiguas. Las reuniones de la Red de agencias tienen lugar en formatos diversos, conforme a los respectivos temas a tratarse. De particular interés es la red de juristas, en la que se discuten temas jurídicos de actualidad. Generalmente se organizan en la sede de la agencia que ocupa la presidencia de turno.

### 3. CREACIÓN Y BASE JURÍDICA

#### 3.1. Método de creación

Tal como se ha indicado en un inicio, las agencias son creadas mediante la adopción de reglamentos constitutivos que determinan los objetivos y las competencias de cada agencia, así como la estructura orgánica y los procedimientos de toma de decisiones. Reglamentan asimismo aspectos fundamentales del Derecho de la EU, tales como la personalidad y la capacidad jurídica, la responsabilidad extracontractual, la facultad de concluir acuerdos, la sede de la agencia, inmunidades, la aplicación de los reglamentos financieros y del personal, el régimen lingüístico, disposiciones relativas al acceso público a documentos y a la protección de datos. El uso del reglamento como instrumento jurídico permite una creación rápida, así como una modificación flexible del funcionamiento de la agencia, ya que, de ser necesario, el legislador de la UE puede proceder a una modificación “puntual” de las disposiciones relevantes. Es así como el legislador ha respondido repetidas veces a las crisis, como la crisis de la migración que condujo a una ampliación de competencias de las agencias FRONTEX y EASO<sup>38</sup>. Asegura además una aplicación inmediata y uniforme por parte de los Estados miembros, sin que sea necesaria una transposición en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Si bien es cierto que, hipotéticamente, se podría recurrir a otros instrumentos jurídicos mencionados en el artículo 288 TFUE, tales como la directiva o la decisión, cabe señalar que solo el reglamento garantiza que el acto constitutivo tenga el valor normativo suficiente como para reglamentar aspectos tan importantes como la personalidad jurídica, así como de carácter material y procesal, prescindiendo así por completo de un complemento legislativo a nivel nacional que podría poner en peligro la uniformidad legislativa y administrativa. Esas son las razones principales por las cuales el reglamento constituye el instrumento jurídico predilecto para la creación de agencias. El establecimiento de EUROPOL confirma lo dicho, pues esta agencia fue creada en un inicio (en el año 1992) a base de un acuerdo internacional (que no entró en vigor hasta 1998), el cual fue sustituido posteriormente por una decisión marco y finalmente por un reglamento. EUROPOL pasó así de ser una entidad intergubernamental a una agencia supranacional<sup>39</sup>. EUROJUST pasó por una evolución similar, debido al hecho de que la cooperación en materia penal comenzó realizándose dentro de un marco estrictamente intergubernamental. Con la disolución de la estructura de pilares supranacionales e intergubernamentales (denominada “estructura de templo griego”) a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la

---

38 PEERS, S. *EU Justice and Home Affairs Law*, 4ª ed., vol. 1 (EU Immigration and Asylum Law), Oxford 2016, p. 150.

39 MÖLLERS, R. *Polizei in Europa – Die Sicherheitsagenturen EUROPOL und FRONTEX im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, 2ª ed., Frankfurt, 2017, p. 53.

cooperación penal reposa en un nuevo fundamento legal, el cual, no obstante, aún conserva ciertas particularidades.

Aunque el presente artículo se enfoca en la creación de agencias, es necesario tener en cuenta el legislador tiene igualmente la competencia de cerrarlas, siguiendo el mismo procedimiento legislativo que condujo a su creación. Asimismo, tiene la competencia para modificar sus reglamentos constitutivos y de fusionarlas con otras agencias. Cabe señalar que hasta la fecha, ninguna de las agencias ha sido cerrada, fusionada ni modificada significativamente en su ámbito de actuación, salvo la Agencia Europea de Reconstrucción, que se creó en 1999 y fue liquidada en 2008. Durante los últimos diez años, la Comisión ha propuesto en dos ocasiones fusionar agencias por motivos de coherencia, pero no obtuvo el acuerdo del Parlamento<sup>40</sup>. En 2007, la evaluación de impacto de la Comisión que acompañaba la propuesta de una Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas (que pasó a ser la Oficina del ORECE en 2009) sugería fusionar ENISA con la nueva autoridad, pero el legislador optó en cambio por crear un nuevo organismo separado que coexistiera con ENISA. CEPOL imparte sesiones de formación en línea y presenciales para agentes de policía y está estrechamente vinculada a EUROPOL. En 2013, la Comisión presentó un paquete legislativo, basado en una evaluación de impacto, en el que proponía fusionar EUROPOL y CEPOL por motivos de eficiencia. El Parlamento rechazó la propuesta. Es por ello que el proceso de agencificación parece más bien progresar en lugar de retroceder.

### **3.2. El acuerdo sede concluido con el Estado miembro de acogida**

Las agencias europeas de cierta manera reflejan la idea de una UE federal y descentralizada, debido al hecho de que tienen sus sedes fuera de Bruselas, Luxemburgo y Estrasburgo, denominadas informalmente como “capitales de la UE”. En cierta manera, la agencificación en la UE se inspira en procesos similares que han tenido lugar en otras partes del mundo, sobre todo en Estados de estructura federal tales como EEUU y Alemania. La idea de la descentralización responde a la necesidad de crear una institucionalidad más cercana al ciudadano. La agencificación constituye así una reacción al resentimiento hacia Bruselas, muy cultivado por ciertos grupos de euroescépticos y nacionalistas. Por otra parte, la idea de convertirse en sede de una agencia se ha hecho muy popular entre los Estados miembros, los cuales incluso compiten para verse adjudicados tal estatuto. Tal ha sido el caso recientemente de la agencia EMA, la cual tras años en el Reino Unido ha tenido que buscar otro Estado sede a raíz del Brexit. Varios Estados miembros presentaron propuestas de ciudades que podrían ofrecer condiciones adecuadas para acoger a dicha agencia, siendo finalmente seleccionada Ámsterdam. Lo mismo ocurrió con EBA, la cual también tuvo su sede en

---

40 Tribunal de Cuentas, Informe especial “Futuro de las agencias de la UE – Es posible reforzar la flexibilidad y la cooperación”, 2020, p. 22.

Londres antes del Brexit y se trasladó a París. Existen motivos de diversa índole que explican tal actitud tan positiva hacia las agencias, como la reputación de ser Estado sede, los beneficios esperados de la contratación pública y del empleo de ciudadanos de dicho Estado miembro, la esperanza de poder influir de alguna manera en la política de la agencia, entre otros. El Estado sede de una agencia es determinado por común acuerdo de los Estados miembros en el seno del Consejo. Recientemente, fue la Comisión la que ha venido proponiendo ciudades sede, basándose en candidaturas previamente presentadas por los Estados miembros, los cuales hacen destacar las ventajas de sus respectivas ciudades, por ejemplo, ubicación geográfica, conectividad, infraestructura, disponibilidad de edificios, calidad de vida, etc. Ciertamente, todos estos criterios juegan un papel importante en la elección de la ciudad sede.

Aunque los reglamentos constitutivos (complementados por las disposiciones previstas en los tratados) contienen disposiciones legales que permiten a una agencia operar de manera autónoma inmediatamente tras su creación, al regular éstos aspectos esenciales tales como finanzas, inmunidades, empleo, funciones, etc, resulta inevitable en la práctica tener que concluir acuerdos sede con los Estados miembros de acogida<sup>41</sup>. De hecho, los reglamentos constitutivos lo exigen expresamente. Son varios los aspectos que deben ser reglamentados más detalladamente en un acuerdo sede, por ejemplo, las relaciones con las autoridades nacionales, el respeto de la inviolabilidad e inmunidad de la agencia (infraestructura, archivos, telecomunicaciones) y su personal, la disponibilidad de una escuela multilingüe para los hijos del personal, la construcción y disponibilidad de infraestructura, la protección del local de la agencia, exenciones tributarias y de derechos de aduana, acceso al sistema nacional de salud, permisos de entrada y estadía, etc. Todos estos aspectos requieren negociaciones entre la agencia y el Estado miembro de acogida que en algunos casos incluso han durado años. De un punto de vista jurídico, el acuerdo sede es un instrumento de Derecho internacional público que puede ser concluido por la agencia misma gracias a su personalidad jurídica. Al mismo tiempo, no se puede negar que también forma parte del ordenamiento jurídico de la UE, ya que implementa disposiciones del Derecho primario y derivado. Aunque su celebración y modificación se efectúa conforme a las reglas del Derecho internacional público (y del Derecho constitucional del Estado sede), resulta imposible interpretar sus disposiciones sin tener en cuenta los objetivos del Derecho de la UE. Por lo tanto, se puede concluir que el acuerdo sede constituye un complemento necesario para asegurar el funcionamiento de toda agencia. La existencia de un acuerdo sede garantiza la seguridad jurídica en el Estado de acogida, pues ocurre algunas veces que las autoridades

---

41 Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of the Joint Statement and Common Approach on the location of the seats of decentralized agencies, COM(2019) 187 final, p. 8.

nacionales no son completamente conscientes de las prerrogativas de una agencia europea en su territorio. La posibilidad de poder consultar un documento jurídico redactado en la lengua oficial de dicho Estado miembro es un aspecto de un valor inmensurable en la práctica administrativa.

### **3.3. Conflicto con los principios de atribución de competencias y de equilibrio institucional**

La existencia de un gran número de agencias permite suponer que su creación no hace frente a obstáculos difíciles de superar. Precisamente en ello reside un gran problema que es necesario discutir a continuación. En la medida que las agencias se ven atribuidas cada vez más competencias, existe el riesgo de que las instituciones de la UE, cual entidades expresamente creadas por los tratados constitutivos, interpreten este fenómeno como una delegación implícita de competencias y, en consecuencia, rechacen toda responsabilidad por la violación de los derechos de particulares. Efectivamente, no se puede excluir la posibilidad de que la creación de agencias dotadas de poderes soberanos haga difusa la repartición de competencias prevista en los tratados. La incertidumbre respecto al alcance de las competencias de las respectivas agencias puede llevar incluso a que una agencia exceda indebidamente su facultad de actuar (actividad “ultra vires”)<sup>42</sup>. Los ejemplos mencionados sugieren que el fenómeno de la agencificación podría ser incompatible con dos principios centrales del Derecho de la UE: la atribución de competencias y el equilibrio institucional.

#### **a) El principio de atribución**

La UE únicamente tiene las competencias atribuidas por los tratados. De acuerdo con este principio, estipulado en el artículo 5(2) TUE, la UE solo puede actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Estados miembros en los tratados para lograr los objetivos previstos en el mismo. Las competencias no atribuidas a la UE mediante tratados corresponden a los Estados miembros. El Tratado de Lisboa aclara el reparto de competencias entre la UE y los países de la UE. Estas competencias se dividen en tres categorías principales: competencias exclusivas; competencias compartidas; y competencias de apoyo. En principio, al no prever los tratados la posibilidad de crear agencias, salvo aquellas que se mencionan explícitamente, se podría alegar que solo las instituciones enumeradas en el artículo 13 TUE pueden ejercer las competencias atribuidas a la UE.

Por otra parte, cabe señalar que no existe disposición alguna en los tratados que prohíba expresamente una atribución de competencias a otras entidades, sean éstas agencias u organismos, sobre todo si estas competencias son únicamente puntuales y si esta atribución se efectúa voluntariamente. Como se explicará más adelante, la creación de agencias no ocurre en un vacío jurídico, sino que se recurre cada vez a una base jurídica en los tratados que

---

<sup>42</sup> LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P. *European Union Law*, 3ª ed. Oxford, 2011, 17-21, p. 708.

permita la adopción del reglamento constitutivo correspondiente, siguiendo para este fin un procedimiento legislativo que refleje en la medida de lo posible un consenso entre las instituciones relevantes, es decir el Consejo y el Parlamento. Siendo la Comisión la institución encargada de presentar propuestas legislativas, ya ha ocurrido que ella y el Consejo, cual órgano colegislador, han tenido opiniones divergentes en cuanto a la elección de la base jurídica apropiada. El hecho de que el Consejo haya optado en no pocas oportunidades por modificar la propuesta legislativa, haciendo referencia a una base jurídica distinta, demuestra lo controvertido que puede ser este tema. Ideal sería una modificación de los tratados a fin de introducir una base jurídica específica para la creación de agencias. Esto contribuiría a garantizar la seguridad jurídica y evitaría litigios ante el TJUE. Sin embargo, no existen actualmente indicios de que haya voluntad política en favor de una reforma.

### **b) El principio del equilibrio institucional**

Con arreglo al artículo 13(2) TUE, cada institución de la UE actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los tratados con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Esta disposición constituye la expresión del principio de equilibrio institucional, característico de la estructura institucional de la UE, que implica que cada una de las instituciones ha de ejercer sus competencias sin invadir las de las demás <sup>43</sup>. Teniendo en cuenta este principio, se podría argumentar que, al asumir determinadas competencias, las agencias “usurpan” los poderes conferidos inicialmente a las instituciones. Además, se podría alegar que, al crear nuevas entidades diferentes de las instituciones, se evita el control democrático y de legalidad que los tratados imponen a las instituciones. El fenómeno de agencificación sería por lo tanto un atentado al sofisticado equilibrio institucional establecido por los tratados.

Sin embargo, este argumento ignoraría el hecho de que las agencias solo asumen competencias puntuales, en áreas muy especializadas, sin que esto implique privar a las instituciones de la posibilidad de ejercer sus competencias originarias. De hecho, las agencias operan en un ámbito altamente técnico, al cual una institución difícilmente se aventuraría, de no ser que se modifiquen los tratados. Por lo tanto, lejos de “usurpar” competencias, las agencias ocupan nuevas áreas de competencia a base de una atribución expresa, concretizada por el reglamento constitutivo. En cuanto al argumento relacionado a la supuesta falta de control democrático y de legalidad expuesto en el párrafo anterior, es importante recordar que las agencias no operan de manera arbitraria y sin control absoluto. Todo lo contrario, tal como se explicará más adelante, las agencias están obligadas a presentar reportes detallados de su actividad a las principales instituciones,

---

43 Sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2015 en el asunto C73/14, *Consejo/Comisión*, EU:C:2015:663, apartado 61; sentencia de 14 de abril de 2015 en el asunto C409/13, *Consejo/Comisión*, EU:C:2015:217, apartado 64.

así como al público en general. Asimismo, existen obligaciones de transparencia que deben cumplir, tal como el acceso público a documentos. En cuanto al necesario control de legalidad, es necesario recordar que los actos adoptados por las agencias con efectos jurídicos para particulares pueden ser impugnados por éstos últimos, ante órganos internos de carácter judicial y el TJUE<sup>44</sup>. Por lo tanto, se puede afirmar con razón que el legislador de la UE ha desarrollado mecanismos apropiados a fin de garantizar que las agencias no eviten su responsabilidad democrática y legal.

### **c) El principio de subsidiaridad**

Otro principio que juega un rol importante en el contexto de la creación de agencias es el principio de subsidiaridad, reglamentado en el artículo 5(3) TUE y en el Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la UE, el principio de subsidiariedad persigue proteger la capacidad de decisión y actuación de los Estados miembros y legitima la intervención de la UE cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de manera suficiente los objetivos de una acción, sino que estos pueden alcanzarse mejor a escala de la UE, “debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida”. Así, la finalidad de la inclusión de este principio en los tratados europeos es aproximar el ejercicio de las competencias al ciudadano en la mayor medida posible, con arreglo al principio de proximidad enunciado en el artículo 10(3) TUE. Debido a que el Derecho de la UE prevé varias formas de administración, sería posible afirmar que la creación de una agencia constituye un acto innecesario de centralización. En efecto, tal como se ha explicado anteriormente, el Derecho de la UE puede ser aplicado de manera descentralizada por los Estados miembros, mientras que la Comisión y el TJUE se encargan de asegurar que éstos cumplen con sus obligaciones.

Por otra parte, se podría alegar contra este argumento que la agencificación no tiene necesariamente como efecto centralizar la administración. Como ya se ha indicado anteriormente, la agencificación no priva a los Estados miembros del derecho a aplicar y ejecutar ellos mismos la normativa de la UE a nivel nacional. La administración permanece de manera significativa en manos de los Estados miembros, limitándose las agencias generalmente a tareas de coordinación y de evaluación de rendimiento en el alcance de los objetivos trazados. Precisamente esta tarea de coordinación y evaluación constituye uno de los motivos principales en favor de la creación de agencias, pues ellas disponen del conocimiento técnico y poseen la imparcialidad necesaria para verificar el cumplimiento de dichos objetivos. Al crearse una instancia a nivel supranacional se garantiza la eficiencia de la administración, ya que ésta puede ejercer una sana presión sobre los Estados miembros con miras a asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. Los reglamentos constitutivos generalmente justifican en detalle de qué manera

---

44 LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P. *European Union Law*, 3ª ed. Oxford, 2011, 17-022, p. 709.

el legislador ha tenido en cuenta el principio de subsidiariedad. El motivo de dicha justificación es respetar las exigencias del artículo 8 del protocolo nº 2 del TUE, conforme al cual los Estados miembros (a iniciativa de sus parlamentos nacionales) pueden presentar ante el TJUE un recurso de anulación contra un acto legislativo determinado, alegando una presunta violación del principio de subsidiariedad. Hasta la fecha, el TJUE se ha mostrado muy reservado en pronunciarse en cuanto al respeto de este principio.

### **3.4. La base jurídica en los tratados**

Desde que se crearon las primeras agencias, la UE ha hecho uso de diversas bases jurídicas que se presentarán a continuación. De hecho, se habla comúnmente de “generaciones” de agencias, dependiendo del tipo de base jurídica empleada para su establecimiento. Cada base jurídica tiene sus propios requisitos y funciones, por lo que no son simplemente intercambiables. La elección de la base jurídica adecuada es muy importante en el Derecho de la UE. Al constituir ésta una “Unión de Derecho”, tal como lo ha recordado en repetidas veces el TJUE<sup>45</sup>, la elección de la base jurídica garantiza que el legislador de la UE actúe en conformidad con el Estado de Derecho y respete los principios básicos mencionados anteriormente, es decir, de atribución, de equilibrio institucional y de subsidiariedad. En consecuencia, de no cumplir con esta exigencia, el legislador estaría excediendo sus competencias, arriesgando como sanción la anulación del acto “ultra vires” por parte del TJUE. Esto podría ocurrir en el marco de un recurso de anulación (artículo 263 TFUE), de un envío prejudicial destinado a verificar la vigencia de un acto jurídico (artículo 267 TFUE) o de una acción de inaplicabilidad (artículo 277 TFUE)<sup>46</sup>. A fin de permitir un control jurisdiccional efectivo de la actividad legislativa, el Derecho de la UE prevé que cada acto legislativo deberá mencionar la base jurídica aplicada y explique en sus considerandos los motivos que llevaron al legislador a adoptar tal acto.

#### **a) La cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE**

La primera base jurídica a la que la UE recurrió con el objetivo de crear agencias fue la denominada cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE<sup>47</sup>. Esta disposición autoriza a la UE a adoptar un acto necesario para alcanzar los objetivos asignados por los tratados cuando estos no hayan previsto los poderes de acción necesarios para alcanzar dichos objetivos. El artículo 352 TFUE solo puede servir de base jurídica si se cumplen las condiciones siguientes: la acción prevista resulta “necesaria para lograr, en el marco de

---

45 Véase sentencia de 26 de junio de 2012 en el asunto C-335/09 P, *Comisión/Polonia*, EU:C:2012:385, apartado 48 y de 29 de junio de 2010, *E y F*, C-550/09, EU:C:2010:382, apartado 44. El TJUE ha enfatizado que la UE “es una Unión de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos, en particular, con el Tratado y con los principios generales del Derecho”.

46 LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P. *European Union Law*, 3ª ed. Oxford, 2011, 17-022, p. 709.

47 Equivale al artículo 308 TCE y antiguo artículo 235 TCEE.



las políticas definidas por los tratados (con excepción de la Política Exterior y de Seguridad Común), uno de los objetivos de la UE”; ninguna disposición de los tratados prevé acciones para lograr ese “objetivo”; la acción prevista no debe conducir a ampliar las competencias de la UE más allá de lo previsto por los tratados.

Esta base jurídica se empleó ampliamente en los inicios del proceso de integración<sup>48</sup> y esta práctica fue también considerada conforme con el Derecho de la UE por la jurisprudencia del TJUE<sup>49</sup>. Sin embargo, esta práctica tiene el inconveniente de fomentar un uso demasiado extenso debido a que la base jurídica está formulada en términos algo ambiguos. No resulta demasiado difícil encontrar en los tratados un objetivo que sirva como justificación para la creación de una agencia. Quizás éste no constituyó un verdadero problema en un inicio. Sin embargo, a medida que aumenta el número de agencias, se presenta el riesgo de una proliferación que llegue incluso a socavar el papel de las instituciones. Además, el artículo 352 TFUE se basa en la teoría del “implied powers”, según la cual se asume que una organización internacional debe poder disponer de los poderes necesarios para alcanzar sus objetivos, incluso si su acuerdo constitutivo no confiere expresamente dichos poderes. Si bien es cierto que la teoría del “implied powers” tiene su origen en el Derecho internacional público<sup>50</sup>, es necesario señalar que este tipo de presunción es difícil de reconciliar con el principio de atribución, propio del Derecho de la UE. Por otra parte, la idea de permitir que el legislador pueda “completar” de manera puntual un vacío jurídico dejado involuntariamente en los tratados por medio de una atribución de competencias basada en el artículo 352 TFUE refleja de cierta manera este principio. Podemos así concluir que, aunque la cláusula de flexibilidad puede, en principio, servir como base jurídica, no constituye la elección más idónea. Quizás sea éste el motivo por el cual esta práctica fue abandonada con el tiempo, dándose preferencia a otras bases

---

48 La evolución de la historia jurídica de la Unión Económica y Monetaria y la utilización del artículo 352 TFUE van de la mano. Tanto la gestión de los primeros mecanismos de apoyo a las balanzas de pagos como la creación del Fondo Europeo de Cooperación Monetaria (“EMCF”, por sus siglas en inglés) y la unidad monetaria europea se basaron en la cláusula de flexibilidad. Esta disposición podría aplicarse para llevar la Unión Económica y Monetaria a su siguiente etapa lógica: un Fondo Monetario Europeo en el marco de los tratados, mediante la transposición del actual Mecanismo Europeo de Estabilidad (“ESM”) al Derecho de la UE. De este modo, la integración del ESM en el marco de la UE puede hacerse a través de un reglamento basado en el artículo 352 TFUE. Para garantizar una continuación sin trabas de las actividades, los Estados miembros acordarían que el capital del ESM se transfiera al Fondo Monetario Europeo, mediante compromisos individuales o un acto multilateral simplificado.

49 Véase la sentencia de 27 de noviembre de 2012 en el asunto C-370/12, *Pringle*, EU:C:2012:756, en la cual el TJUE no excluyó explícitamente que se pueda establecer el ESM usando el artículo 352 TFUE como base jurídica. Sin embargo, no tuvo necesidad de pronunciarse al respecto, dado el hecho de que se había creado a base de un acuerdo internacional que en un inicio se encontraba fuera de los tratados constitutivos de la UE. Cabe señalar que posteriormente se modificaron los tratados para prever la creación del ESM.

50 Véase *Reparation for injuries suffered in the service of the Nations*, dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia de 11 de abril de 1949, [1949] ICJ Rep 174, ICGJ 232 (ICJ 1949), Naciones Unidas.

jurídicas. Entre las agencias que fueron creadas en virtud del artículo 352 TFUE cuentan Cedefop, EUROFOUND, ENISA, FRA y CPVO.

### **b) La cláusula de armonización del mercado interior del artículo 114 TFUE**

Otra base jurídica a la cual se recurrió con el propósito de crear agencias fue la cláusula de armonización del mercado interior del artículo 114 TFUE. Esta disposición permite la adopción de “medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”<sup>51</sup>. Si bien es cierto que esta base jurídica fue muy útil en sus días, hoy en día plantea ciertos problemas legales debido a que su aplicación está limitada a un solo sector, el mercado interior. Aunque resultó indispensable en la fase de formación del mercado interior, hoy su relevancia ha disminuido tras haberse básicamente alcanzado este objetivo en el año 1993. Obviamente, esto no excluye que el artículo 114 TFUE pueda seguir siendo usado como base jurídica, debido a que el mercado interior de la UE evoluciona conforme a las exigencias del momento, por ejemplo, para tener en cuenta el desarrollo tecnológico y la necesidad de proteger al consumidor. No obstante, de no poder recurrirse al artículo 114 TFUE debido a que la agencia no operará en el ámbito del mercado interior, el legislador deberá servirse del artículo 352 TFUE cual base jurídica subsidiaria. Otro problema que se plantea es la restricción a “medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros”. De qué manera la creación de una agencia en sí debe constituir una aproximación de disposiciones o si basta que su creación constituya una medida que “facilite” o “contribuya” a tal objetivo, es objeto de controversia. La jurisprudencia del TJUE parece inclinarse hacia una interpretación más bien amplia del ámbito de aplicación del artículo 114 TFUE, en reconocimiento del poder discrecional del legislador, al exigir únicamente que la actividad de la agencia contribuya a una aproximación de legislaciones con miras a asegurar el funcionamiento del mercado interior. Entre las agencias que fueron creadas en virtud del artículo 114 TFUE cuentan ECHA, ACER, EBA, ESMA, EMA, EIOPA, EUIPO y ENISA.

### **c) Disposiciones sectoriales del TFUE**

Recientemente, el legislador ha venido utilizando como base jurídica aquellas disposiciones en los tratados que confieren competencias a la UE en determinadas áreas. Aunque dichas disposiciones no prevén expresamente la creación de agencias, sí autorizan a la UE a adoptar “medidas” para

---

<sup>51</sup> Otros sistemas de integración como la Unión Económica Eurasiática y la Comunidad Andina de Naciones prevén igualmente la armonización de legislación nacional con miras a establecer un mercado interior. Véase KÜHN, W.M. “The Eurasian Economic Union (II) – Institutions, Law and Policies for Economic Integration”. *European Law Reporter*, 2016, n° 7, p. 268).

alcanzar objetivos concretos. El término de “medida” es generalmente interpretado en el sentido que la competencia conferida permite también la adopción de actos legislativos, incluyendo reglamentos que establecen agencias. En su calidad de entidades administrativas, las agencias constituyen sin lugar a dudas medidas adecuadas para hacer frente a los problemas que se presentan en el proceso de integración. Esta práctica puede considerarse establecida y aprobada por la jurisprudencia del TJUE. Es la que además suscita menos dudas en cuanto a su legalidad, pues es la que más busca cumplir con el requisito de perseguir un objetivo legítimo, así como con la exigencia de basarse en una competencia prevista específicamente en los tratados. Efectivamente, el término “medida” es suficientemente vasto como para incluir la creación de agencias, sobre todo tomando en cuenta el amplio margen discrecional del cual dispone el legislador en la elección de medidas para alcanzar los objetivos definidos en los tratados. Entre las agencias que fueron creadas en virtud de disposiciones sectoriales cuentan EEA, ECDC, EASA, FRONTEX, EASO y EFSA.

#### **4. ESTRUCTURA ORGÁNICA**

Debido a que una agencia es una entidad autónoma, no puede depender ésta de la Comisión o de otra institución a fines de definir su política. Por otra parte, los reglamentos constitutivos generalmente establecen que los programas de trabajo de las agencias deberán ser compatibles con las prioridades definidas por la Comisión o la UE en general. En consecuencia, cada agencia dispone de un órgano que define su política. Además, dicho órgano será igualmente responsable de adoptar las medidas administrativas necesarias, permitiendo así a la agencia funcionar. A continuación, se explicará brevemente la estructura orgánica general de las agencias, aunque cabe recordar que diferencias importantes pueden existir de una agencia a otra, como consecuencia de la proliferación algo descoordinada que ha tenido lugar en las últimas décadas. Efectivamente, no fue hasta la adopción del denominado “Planteamiento Común”<sup>52</sup>, en el cual las principales instituciones de la UE se pusieron de acuerdo respecto a las características comunes que deberían presentar las nuevas agencias, que se creó un cierto orden en el proceso de agencificación. En principio, cada agencia dispone de una estructura orgánica conformada por su consejo de administración y su director ejecutivo. No obstante, puede además prever otros órganos dotados de funciones consultativas.

##### **4.1. El consejo de administración**

La estructura orgánica de las agencias prevé la creación de consejos, los cuales asumen dos tipos distintos de funciones: la definición de la política

---

<sup>52</sup> “Joint Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralized agencies”. Disponible en: <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/joint\\_statement\\_and\\_common\\_approach\\_2012\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/joint_statement_and_common_approach_2012_en.pdf)>

de la agencia y el ejercicio de funciones administrativas. Mientras que en algunas agencias es el mismo consejo que ejerce estas funciones, otras prevén una división de funciones entre dos tipos de consejos distintos. A fin de tener en cuenta la función del respectivo consejo, los reglamentos constitutivos de las agencias creadas más recientemente prevén que los miembros deberán cumplir ciertos requisitos, más concretamente, tienen que disponer de conocimiento y experiencia en el ámbito de actividad de la agencia. El nombre de dichos órganos puede variar de una agencia a otra, aunque las funciones sean similares. A fin de facilitar la comprensión, se utilizará el término general de “consejo de administración”. Conforme a las disposiciones relevantes en los reglamentos constitutivos de las agencias o los reglamentos de procedimiento de los consejos, estos órganos convocan reuniones de sus miembros periódicamente, un mínimo de veces al año o cuando un cierto porcentaje de sus miembros lo soliciten. El objetivo de estas reuniones es discutir aspectos relacionados con la actividad de la agencia, sobre todo en lo que concierne la estrategia a seguir, así como de adoptar las decisiones necesarias para asegurar su funcionamiento.

En general, cada consejo de administración está compuesto de representantes de todos los Estados miembros. Sin embargo, existen unas pocas excepciones, en las que existe una representación de la Comisión, del Consejo y del Parlamento respectivamente. Generalmente los consejos prevén una representación de la Comisión a través de por lo menos uno (hasta seis miembros) con derecho a voto. En algunas agencias, la Comisión solo tiene estatuto de observadora. En todo caso, la Comisión ha venido tratando en vano de ampliar su influencia en los consejos administrativos, exigiendo una representación paritaria con el Consejo. De hecho, la presencia de la Comisión en el consejo administrativo resulta indispensable a fin de no privar a la agencia de su carácter supranacional. De solo preverse una representación de los Estados miembros se correría el riesgo de eliminarse la distinción entre la institucionalidad de la UE y la de sus Estados miembros. La agencia podría convertirse en una entidad intergubernamental a merced de las autoridades nacionales, lo que resulta irreconciliable con la idea de la supranacionalidad de la UE. Teniéndose en cuenta la experiencia y el conocimiento técnico de la Comisión, resulta consecuente exigir una representación conmensurada de esta institución.

En algunas agencias, el Parlamento está también representado o puede nombrar personalidades del ámbito científico. Salvo excepciones en las que únicamente se les asigna estatuto de observadores, estos representantes son generalmente miembros de pleno derecho del consejo administrativo. Las propuestas legislativas de la Comisión no preveían en un inicio una representación del Parlamento. Sin embargo, ésta última las modificó para asegurar su presencia en las agencias. Por una parte, esta presencia tiene la ventaja de que el Parlamento pueda asumir su función de control democrático de la actividad de las agencias. Por otra parte, incorporar

al Parlamento en las actividades de las agencias trae como consecuencia el riesgo de que se confunda la influencia en la actividad de las agencias con el control democrático. Ya de por sí el Parlamento dispone de medios eficaces para asegurar que las agencias cumplan con la normativa aplicable y respondan por sus actos. En un futuro, sería preferible que el Parlamento se limite a insistir en preservar sus medios tradicionales de control en lugar de influir directamente en la actividad de las agencias, una competencia que le corresponde más bien al poder ejecutivo.

Los consejos administrativos de determinadas agencias permiten la representación de otras entidades aparte de las instituciones y los Estados miembros de la UE. Ya se discutido anteriormente la participación de Estados terceros y organizaciones internacionales en los consejos administrativos en el marco de la apertura del proceso de agencificación. Asimismo, ciertas agencias prevén la representación de grupos de interés sin derecho a voto, los cuales son nombrados conforme a procedimientos específicos.

En el “Planteamiento Común” las instituciones acordaron que los consejos administrativos estarían compuestos de un representante por cada Estado miembro, dos representantes de la Comisión, uno del Parlamento y, de ser apropiado, de un número limitado de grupos de interés. Este acuerdo puede ser considerado como una derrota para la Comisión, quién había insistido en una paridad con el Consejo. Constituye, a su vez, una importante victoria para el Parlamento, el cual tiene un derecho legítimo a exigir ser representado en todos los consejos de administración a pesar de las dudas respecto a su rol específico.

#### **4.2. El director ejecutivo**

El director ejecutivo es el órgano de mayor importancia en la agencia después del consejo administrativo. Al igual que este último, el director ejecutivo no tiene un nombre armonizado, sino que suele ser denominado de acuerdo con la terminología que introduce el reglamento constitutivo. Él representa a la agencia hacia el exterior y es responsable de su administración diaria. Asimismo, su función consiste en asistir al consejo administrativo en la preparación de los documentos esenciales de la agencia. A fin de ejercer su función, el director ejecutivo idealmente deberá disponer de conocimientos fundados de administración pública, management e incluso experiencia profesional en el área en el que opera la agencia. Sin embargo, resulta interesante destacar el hecho que los reglamentos constitutivos no contienen especificación alguna respecto a los requisitos que todo candidato deberá cumplir a fin de aspirar a dicho cargo, por lo que en la práctica recaerá en el consejo administrativo el deber de elegir al candidato adecuado.

En efecto, el nombramiento del director ejecutivo tiene lugar por decisión del consejo administrativo, a base de una proposición de la Comisión Europea. Aunque este es el procedimiento regular en la gran mayoría de las agencias y es además conforme al “Planteamiento Común”, existen

importantes excepciones, al prever algunas agencias un nombramiento por el Consejo, a base de una proposición del consejo administrativo, o por una decisión del consejo administrativo mismo, a base de una lista de candidatos establecida por un comité de selección (o la Comisión) y aprobada por el Consejo y el Parlamento. Cabe señalar que, aunque solo los reglamentos constitutivos de CEPOL y EUROJUST mencionan expresamente la participación de un comité de selección, normalmente la legislación de la UE en materia de función pública lo prevé como una exigencia. Las diferencias en el proceso de nombramiento que aún existen de una agencia a otra son el resultado de un proceso no coordinado en la agencificación, producto de la lucha entre las instituciones por obtener el control, por lo que no están justificadas por razones objetivas. Lo más coherente sería que el director ejecutivo fuese únicamente nombrado por el consejo administrativo, órgano al cual el director ejecutivo normalmente está obligado a rendir cuentas. Si bien es cierto que la Comisión tiene un cierto poder al proponer un cierto número de candidatos al cargo de director ejecutivo, no es menos cierto que el Parlamento ha logrado extender su influencia. De hecho, los reglamentos constitutivos de las agencias creadas más recientemente prevén que los candidatos deberán presentarse ante el Parlamento y responder preguntas, siguiendo un procedimiento similar al nombramiento de los miembros de la Comisión<sup>53</sup>.

Algunos de los reglamentos constitutivos de las agencias creadas más recientemente enfatizan la independencia del director ejecutivo de las instituciones en cuanto a su gestión de la agencia. Obviamente, esto no significa que el director ejecutivo no deba rendir cuenta de sus actos. Todo lo contrario, tal como se ha indicado anteriormente, el director ejecutivo es responsable ante el consejo administrativo y puede, por lo tanto, ser despedido por este último por motivos de un incumplimiento de sus deberes, conforme al procedimiento previsto en el respectivo reglamento constitutivo. La reglamentación de dicho procedimiento puede ser detallado o dejar cierto margen de discreción, variando así de una agencia a otra.

### **4.3. Órganos consultativos**

Dependiendo de su función específica, la estructura institucional de la

---

<sup>53</sup> Este constituye un hecho remarcable, pues no todos los procedimientos destinados a nombrar a altos líderes de la UE prevén un deber de comparecer ante el Parlamento. Cabe señalar en este contexto que, conforme al artículo 255 TFUE, los jueces del TJUE deben comparecer únicamente ante “un comité compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del TJUE y del TG, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento”. El nombramiento se basa así únicamente en el conocimiento y la experiencia de un candidato. Por lo tanto, a diferencia del procedimiento previsto en EEUU para nombrar a los miembros de la Corte Suprema, el nombramiento de los jueces del TJUE no está sometido al voto de una asamblea parlamentaria. Sin embargo, el Parlamento ha solicitado en más de una oportunidad que se modifique el procedimiento a fin de permitirle ejercer un rol más importante.

agencia podrá incluir una serie de órganos consultativos, los cuales gozarán de relativa independencia a pesar de su pertenencia formal a la agencia. Entre los órganos consultativos de FRONTEX se destacan el responsable de la protección de datos, el fórum consultativo y al agente responsable en materia de derechos humanos. Los órganos consultativos pueden constituir el foro que reúne a las organizaciones internacionales invitadas a participar en el trabajo de la agencia, de no preverse una membresía en el consejo administrativo. Otras agencias pueden prever órganos compuestos de expertos técnicos, especializados en el área en el que opera la agencia. Según su rol respectivo, estos órganos consultativos pueden presentar opiniones o dictámenes, tratar demandas de particulares, así como exhortar a la agencia a actuar de una manera determinada.

## **5. PROCEDIMIENTOS DE TOMA DE DECISIONES**

Los diversos órganos de la agencia adoptan decisiones en sus respectivas áreas de competencia. Mientras que el consejo administrativo trata aspectos estratégicos, el director ejecutivo se encarga del funcionamiento diario de la agencia, así como de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la aplicación de las decisiones del consejo administrativo cuando el reglamento constitutivo o las decisiones del consejo administrativo mismas lo prevean. Asimismo, el consejo administrativo puede delegar ciertas tareas de carácter administrativo y/o de implementación al director ejecutivo. Las decisiones se adoptan conforme a los procedimientos respectivos previstos en los reglamentos constitutivos, regidos en mayor detalle por las reglas de procedimiento que la agencia se encarga de adoptar. Si bien es cierto que el director ejecutivo y el consejo administrativo tienen competencias distintas, no se puede dudar que siempre existirá un cierto solapamiento temático. No obstante, cabe señalar que existe una relación jerárquica entre ambos tipos de decisiones. En la medida que asegura la ejecución de decisiones del consejo administrativo y actúa conforme a una delegación de poderes, el director ejecutivo no hace más que actuar según el mandato que le otorga el consejo administrativo. Por lo tanto, al examinarse la legalidad de una decisión, se deberá tener en cuenta la jerarquía normativa. Esto implica que las decisiones de implementación y de delegación del director ejecutivo deberán acatar las instrucciones impartidas en las decisiones del consejo administrativo. Las decisiones de la agencia deberán a su vez respetar sin excepción las disposiciones del reglamento constitutivo, así como toda la normativa relevante de la UE, es decir, de aplicación por parte de la agencia.

Además de las decisiones propiamente hablando, las agencias pueden adoptar actos administrativos con efectos vinculantes para los Estados miembros o individuos, pudiendo variar la terminología de una agencia a otra. El interrogante respecto a que si un acto administrativo adoptado por la agencia genera efectos jurídicos debe responderse mediante una interpretación de las bases jurídicas que permiten a los órganos de la agencia adoptar dichos

actos, debiéndose tomar en cuenta el objetivo que debe cumplir dicho acto. La respuesta es de suma importancia, ya que permite determinar si un acto administrativo puede ser el objeto de un examen jurídico, un tema que se expondrá más adelante. Otra categoría importante de actos administrativos que adoptan las agencias es la de “soft law”, ya mencionada anteriormente, que incluye todo tipo de manuales, circulares, líneas directrices, etc cuya función consiste esencialmente en dar cierta orientación a los órganos nacionales y supranacionales en cuanto a la manera de aplicar e interpretar correctamente la normativa de la UE. Si bien recae en el TJUE el monopolio interpretativo del Derecho, cabe recordar que las agencias poseen, al igual que la Comisión, de un gran conocimiento técnico, por lo que no debe subestimarse la importancia que revisten estos instrumentos de “soft law”. En efecto, dichos instrumentos muchas veces rellenan las lagunas que ha dejado el Derecho derivado, además de dar orientación a la administración respecto a la mejor manera de hacer uso del margen discrecional que le haya podido haber otorgado el legislador de la UE. Hoy en día, los instrumentos de “soft law” elaborados tanto por la Comisión como por las agencias deben considerarse imprescindibles en la práctica administrativa europea.

## **6. MEDIDAS DE CONTROL SOBRE LAS AGENCIAS**

### **6.1. Aspectos generales**

La proliferación de agencias en tantas áreas de competencia de la UE suscita dudas en cuanto a la posibilidad de controlar verdaderamente su actividad administrativa. Esta inquietud es comprensible si se compara la administración a través de agencias con otros tipos de administración mencionados anteriormente. Cuando los Estados miembros implementan el Derecho de la UE, serán generalmente la Comisión y el TJUE los que se encarguen de vigilar el cumplimiento de sus obligaciones. De ser la Comisión la que aplique el Derecho de la UE, normalmente recaerá en instituciones como el TJUE, el Parlamento<sup>54</sup> y el Tribunal de Cuentas el deber de verificar la implementación correcta. En el caso de las agencias, este aspecto es mucho más complicado. Al no existir disposición alguna en los tratados que prevea explícitamente el establecimiento de agencias, es evidente que tampoco existirán disposiciones que regulen aspectos tan importantes como el control de su actividad administrativa. Consciente de este problema, el legislador ha tenido que incorporar mecanismos específicos para llenar esta laguna en el ordenamiento jurídico de la UE. Los mecanismos de control son de diverso tipo y son aplicados por varias instituciones, como se explicará a continuación. El objetivo siempre es el mismo, es decir, asegurar que las agencias asuman la responsabilidad por sus actos al actuar de manera transparente y conforme al marco legal.

---

54 Véase European Parliamentary Research Service, “EU agencies, common approach and parliamentary scrutiny – Implementation assessment” (noviembre 2018).



## **6.2. Los requisitos impuestos por la base jurídica elegida**

El mecanismo de control más elemental está relacionado a la elección de la base jurídica adecuada a fin de crear una agencia. Como se ha indicado en un inicio, la base jurídica determina el procedimiento legislativo a seguirse y con ello los requisitos que las instituciones involucradas en dicho procedimiento deberán cumplir. De requerirse unanimidad en el Consejo, como sería el caso de aplicarse el artículo 352 TFUE como base jurídica, los Estados miembros podrán oponerse a la creación de la agencia respectiva. Este es igualmente el caso si la adopción del reglamento constitutivo exige una mayoría calificada de votos entre los Estados miembros reunidos en el Consejo, tal como lo requiere la base jurídica del artículo 114 TFUE. De ser el Parlamento co-legislador en dicho proceso, igualmente podrá oponerse o más bien exigir enmiendas legislativas que reflejen sus intereses. Obviamente, una vez que la agencia haya sido creada, se pierde dicho control, salvo si el reglamento constitutivo requiere modificaciones posteriormente, por lo que se deberá iniciar nuevamente el proceso legislativo. Al no ocurrir esto tan frecuentemente, las instituciones involucradas deberán hacer sabio uso de su influencia en el proceso legislativo.

## **6.3. Preparación, negociación y aprobación del presupuesto**

Otro mecanismo de control importante es el relativo a la posibilidad de asignar medios financieros a las agencias mediante la aprobación del presupuesto de la UE. El Consejo prevé los medios considerados necesarios, mientras que corresponde al Parlamento aprobar dicho presupuesto. Tanto los Estados miembros como el Parlamento pueden lograr que se realicen las modificaciones deseadas a la actividad de la agencia al ejercer presión política. Gracias a su poder de iniciativa, recae en la Comisión la tarea de proponer el presupuesto, pudiendo asignar medios financieros a las actividades que considere oportunas para alcanzar los objetivos trazados.

## **6.4. La influencia de la Comisión en la actividad de las agencias**

De todas las instituciones, es la Comisión la que probablemente tenga la mayor influencia en la actividad de las agencias debido al hecho de que se les está confiada una actividad administrativa a todas ellas. Además, si bien es cierto que las agencias son entidades especializadas, la Comisión es la institución dotada de competencias de desarrollo de políticas y de su ejecución. Asimismo, tiene funciones de coordinación, ejecución y de gestión, conforme al artículo 17(1) TUE. Para ilustrar un ejemplo, aunque sea FRONTEX la agencia encargada de proteger las fronteras exteriores de la UE, es el Directorado General Justicia y Asuntos de Interior el que desarrolla una política en este ámbito y, tras su aprobación por el Consejo, se ocupa de verificar que FRONTEX actúe dentro del marco de esta política. Como “guardiana de los tratados”, la Comisión intervendrá para asegurar que la agencia actúe en el marco de su mandato y de las respectivas políticas de

la UE. Además, la Comisión será consultada de manera formal (o informal) por los diversos servicios de la agencia en aspectos relacionados a la legalidad de su actividad, a pesar de la independencia institucional de la cual goza la agencia. La Comisión parece estar consciente de esta relación de “semi-subordinación” al considerar a las agencias abiertamente como sus “satélites”. Asimismo, la Comisión exigirá normalmente que se respeten sus prerrogativas en ciertas áreas, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones exteriores. Por lo tanto, la Comisión se opondrá a que las agencias actúen independientemente al tratar con Estados terceros. El desarrollo de acuerdos administrativos con dichos países generalmente requerirá la autorización de la Comisión antes de que éstos puedan concluirse. A fin de evitar que la agencia usurpe sus poderes – o de la UE misma – en el ámbito internacional, la Comisión parte de la premisa que los acuerdos administrativos concluidos entre las agencias y Estados terceros no constituyen tratados de Derecho internacional público. Asimismo, negará su efecto jurídicamente vinculante, reduciéndolos a simples “expresiones de voluntad”. Por lo más cuestionable que pueda ser esta interpretación desde un punto de vista jurídico, tiene mucho sentido para la UE en términos políticos, ya que evita el riesgo de una responsabilidad internacional hacia Estados terceros a raíz de una actividad descoordinada por parte de un sinnúmero de agencias.

Por otra parte, cabe señalar que la influencia que la Comisión pueda ejercer en el proceso decisorio interno, es decir, en el consejo administrativo, no es suficiente como para poder hablar de un “control” de la actividad de la agencia. Como ya se ha explicado, la Comisión generalmente no dispone de más de un par de representantes en dicho consejo, viéndose su influencia reducida con cada adhesión de nuevos Estados miembros a la UE. Aunque la Comisión se esfuerce en subrayar su conocimiento técnico y su experiencia en la materia, este hecho no debería llevar a pensar que ello bastará para hacer prevalecer su opinión ante los demás miembros del consejo administrativo. Mucho menos podrá la Comisión ejercer una influencia determinante en el quehacer diario de las agencias al poder proponer o rechazar candidatos al cargo del director ejecutivo. La posición de la Comisión dentro del consejo administrativo no dejará de ser minoritaria.

### **6.5. Relaciones públicas y acceso público a documentos internos**

Las agencias no operan en la anonimidad, aunque sea muchas veces la Comisión la que se beneficie públicamente del éxito en sus actividades. Algunas agencias gozan de cierta celebridad, dependiendo del ámbito que se les haya asignado. En consecuencia, las agencias están llamadas frecuentemente a responder preguntas planteadas por la prensa o miembros del Parlamento respecto a legalidad e idoneidad de sus acciones. Las agencias asumirán la responsabilidad por sus acciones, explicando de manera directa o por medio de comunicados de prensa las razones que las llevaron a tomar ciertas decisiones. Además, las agencias deberán ofrecer acceso público a

sus documentos conforme a la normativa de la UE, generalmente declarada aplicable con arreglo a los reglamentos constitutivos. Se trata concretamente del reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión<sup>55</sup>. Parte de la actividad administrativa consiste en procesar las solicitudes de acceso público a documentos internos, justificar la denegación de acceso y, de ser necesario, defender esta decisión ante el TJUE en caso de que se impugne tal decisión mediante un recurso de anulación<sup>56</sup>. Los mecanismos mencionados aseguran un control efectivo de la actividad de las agencias por parte del público en general.

#### **6.6. La responsabilidad del director ejecutivo y del presidente del consejo administrativo**

La agencia rinde igualmente cuentas a través de su director ejecutivo, quién asume la responsabilidad política por las acciones de la agencia ante instituciones como la Comisión y el Parlamento. Dichas instituciones pueden solicitar que el director ejecutivo o el presidente del consejo administrativo comparezcan y respondan a las preguntas que se les plantee. De ser el Parlamento quien solicite su disponibilidad, dicha invitación provendrá generalmente del comité competente en la materia.

#### **6.7. La obligación de presentar un programa de trabajo y un reporte anual**

La principal fuente de información que permite a las instituciones ejercer su poder de control son los reportes que las agencias deben presentar periódicamente, siendo el programa de trabajo y el reporte anual los más importantes. Los dos reportes son, en principio, caras de la misma medalla. Mientras que el programa de trabajo explica cuáles son la política y los objetivos del año entrante, el reporte anual expone las actividades del año precedente. En cuanto al programa de trabajo, normalmente son los reglamentos constitutivos los que imponen la obligación de presentarlo. No obstante, las agencias reconocen dicha obligación aún si los reglamentos constitutivos no lo prescriban explícitamente. Obviamente, el programa de trabajo deberá ser compatible con la política de la UE en el ámbito respectivo. El reporte anual permite a las instituciones que asumen control de verificar si la agencia ha alcanzado sus objetivos. Generalmente los reglamentos constitutivos no especifican con mucho detalle los requisitos que deberán cumplir los reportes en cuanto a contenido, dando así a las agencias un cierto margen de discreción. A fin de lograr un cierto grado de armonización,

---

55 OJ L 145, 31.5.2001, p. 43–48.

56 Véase sentencias del TG de 27 de noviembre de 2019 en el asunto T-31/18, *Izuzquiza y Semsrott/ Frontex*, EU:T:2019:815 y del TJUE de 22 de enero de 2020 en el asunto C-175/18 P, *PTC Therapeutics International/EMA*, EU:C:2020:30.

el “Planteamiento Común” da algunas sugerencias, proponiendo que sea la Comisión la que tome la iniciativa y adopte medidas para asegurar la coherencia y la comparabilidad de dichos reportes. En todo caso, los reglamentos constitutivos determinan cuales son las instituciones a las cuales se deberá enviar dichos reportes, pudiendo ser éstos el Consejo, la Comisión, el Parlamento, el Tribunal de Cuentas, el Comité de Regiones y el Comité Económico y Social, entre otros.

## **7. EL CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE LA ACTIVIDAD DE LAS AGENCIAS**

Las medidas de control que se han expuesto en la sección anterior aseguran más que nada el control democrático de la actividad ejercida por las agencias y, en un menor grado, el control de legalidad, es decir el examen de compatibilidad con la normativa de la UE. En cuanto al segundo tipo de control, cabe señalar que existen mecanismos específicos para lograr dicho objetivo que se presentarán a continuación.

### **7.1. Examen de legalidad por las salas de recursos**

Como ya se indicado previamente, existe la posibilidad de exigir un examen de legalidad de un acto administrativo, siempre y cuando éste produzca efectos en la posición jurídica de un Estado miembro o de un individuo. Consciente de la necesidad de ofrecer una protección jurídica efectiva y teniendo en cuenta el conocimiento sumamente técnico de las agencias regulatorias, el legislador de la UE ha optado por dotar a dichas agencias de salas de recursos<sup>57</sup>. Entre las agencias que disponen de dichas salas de recurso cuentan ECHA y EUIPO. La ventaja de dichas salas de recurso reside en la posibilidad de aprovechar el conocimiento especializado de las agencias, al mismo tiempo que se alivia la carga de trabajo del sistema judicial de la UE. Las salas de recurso han servido de inspiración en la creación de órganos judiciales tales como el (hoy difunto) Tribunal de la Función Pública y el TUP. No se puede excluir que algún día se creen salas especializadas en ámbitos determinados en el TJUE a base de la experiencia adquirida en la práctica de las agencias.

Dichas salas de recursos permiten un examen de legalidad de las decisiones adoptadas por las agencias mismas. Los reglamentos constitutivos prevén varios mecanismos a fin de garantizar su imparcialidad e independencia, como, por ejemplo, la exigencia respecto a sus miembros de no ser funcionarios de la agencia misma y de ser nombrados por concurso externo, aunque los requisitos y los procedimientos de nombramiento pueden variar de una agencia a otra. Los reglamentos constitutivos o procesales prevén que los miembros de la sala de recurso deberán ser independientes

---

<sup>57</sup> Véase respecto a las salas de recurso ARANA GARCÍA, E. “Los recursos administrativos en la Unión Europea: Hacia un modelo común de justicia administrativa”. *Working Papers on European Law and Regional Integration*, 2015, n° 27, Universidad Complutense.

y no obedecerán instrucción alguna cuando tomen sus decisiones, no pudiendo además ejercer otras funciones en la agencia. Los miembros de la sala de recurso no podrán participar en procedimiento alguno de recurso si tienen intereses personales en él o si han actuado o participado en la decisión recurrida. Para garantizar estas prohibiciones generales, los reglamentos establecen un régimen de abstención y recusación. Los miembros de sala normalmente solo pueden ser removidos por falta grave, tras la intervención de los órganos de la agencia y a base de una decisión del TJUE. Las salas de recursos operan como tribunales incorporados en las agencias, mas provistas de un alto grado de independencia de los órganos administrativos.

Un común denominador es la exigencia de reunir miembros de sala especializados en el ámbito técnico respectivo o en el Derecho de la UE, lo que permite la adopción de decisiones de calidad. Generalmente, la función de presidente de la sala de recurso es ejercida por un jurista especializado en Derecho de la UE. El mandato de los miembros de sala dura varios años, generalmente 5 años, haciendo así posible una actividad continua y libre de interferencias externas. El número de miembros de una sala de recursos puede variar dependiendo de la agencia, teniendo algunas de 3 a 6 miembros con los respectivos miembros suplentes.

El control de legalidad ejercido por las salas de recursos se extiende a las decisiones adoptadas por la agencia. El efecto del recurso puede ser el de anular o modificar la decisión respectiva. Asimismo, la sala de recurso puede decidir ella misma si dispone de todos los hechos para hacerlo o reenviar el asunto a los órganos administrativos para continuar el trámite necesario, impartiendo ciertas orientaciones que permitan a éstos tomar la decisión correcta desde un punto de vista técnico o jurídico.

Las reglas que rigen el procedimiento ante las salas de recurso se encuentran generalmente establecidas en los reglamentos constitutivos de cada agencia. Sin embargo, en el caso de ciertas agencias, el derecho procesal está reglamentado en actos jurídicos adoptados por la Comisión como producto de una delegación por parte del legislador de la UE. Las agencias mismas pueden adoptar actos administrativos en los cuales se especifica con mayor detalle el derecho procesal. En todo caso, el derecho procesal se inspira claramente en las reglas aplicables al TJUE, lo que crea una cierta homogeneidad jurisdiccional.

Dependiendo de la agencia, el recurso puede ser facultativo u obligatorio. La posibilidad de interponer un recurso antes de presentar un asunto ante un tribunal propiamente dicho no es nada nuevo, pues es un fenómeno ampliamente conocido a nivel del derecho administrativo nacional. La gran mayoría de los Estados miembros prevén algún tipo de recurso administrativo ante la misma entidad o la entidad superior encargada de efectuar el control de legalidad<sup>58</sup>. Generalmente, dichos recursos permiten

---

58 Véase el análisis de Derecho comparado contenido en la Decisión de la Autoridad de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio de 22 de marzo de 2017 (Case No:

a la entidad administrativa verificar la legalidad de sus propias decisiones, teniendo así un efecto que se podría calificar de “didáctico”, además de ser compatible con el principio de economía procesal<sup>59</sup>. En efecto, no todos los asuntos merecen ser tratados por el sistema judicial de la UE. El recurso administrativo dispone de las ventajas que ya se han señalado, es decir, el beneficio del conocimiento técnico, además de estar las salas de recurso situadas geográficamente en la sede de la agencia donde se adoptó la decisión recurrida. De ser obligatorio el recurso, este hecho hace que sea un requisito de admisibilidad de toda acción ante el TJUE. En otras palabras, de no haberse interpuesto un recurso ante la agencia antes de llamar al TJUE, la acción de nulidad iniciada por la persona afectada será desestimada por ser inadmisibile. Evidentemente, esto no ocurre cuando el recurso administrativo es simplemente facultativo. Será el Tribunal General de la UE (TG) la jurisdicción competente para decidir sobre el recurso interpuesto contra la decisión que adoptó la sala de recurso de la agencia.

## **7.2. Examen de legalidad por el TJUE**

El mecanismo central que permite un control de legalidad de la actividad de las agencias es el sistema jurisdiccional creado por los tratados, en el cual el TJUE juega un rol preponderante. Tal como se ha indicado en los párrafos anteriores, recae generalmente en el TG la responsabilidad de examinar la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la UE de las decisiones adoptadas por las agencias. Cabe señalar, a fin de evitar malentendidos, que, aunque los tratados hagan referencia al TJUE, dicha referencia debe interpretarse como una mención de la institución, siendo el TG la jurisdicción generalmente competente dentro del TJUE. Este es el caso de recursos de anulación destinados a examinar la legalidad de los actos de una agencia, como se explicará más adelante. No obstante, será el TJUE como jurisdicción superior la que se encargará exclusivamente de examinar recursos de anulación dirigidos contra los reglamentos constitutivos de agencias por tratarse de actos legislativos de la UE. Este tipo de procedimiento prevé generalmente la intervención del Consejo y del Parlamento como colegisladores, los cuales serán invitados a presentar observaciones respecto a los motivos de ilegalidad invocados por el demandante. Por lo tanto, el nombre “TJUE” puede entenderse como una referencia a la institución o a la jurisdicción superior, dependiendo de las circunstancias.

---

78421, Document No: 845549, Decision N° 061/17/COL), en el que se presentan varios ordenamientos jurídicos nacionales en los cuales se prevé un control administrativo de legalidad (facultativo u obligatorio) antes de poder acceder a los tribunales nacionales. Tal como se desprende de dicha decisión, la coexistencia de una variedad de sistemas de recursos refleja las tradiciones jurídicas en Europa.

59 Véase las conclusiones del abogado general Pikamäe de 22 de enero 2020 en el asunto C-114/19 P, *Comisión/Di Bernardo*, EU:C:2020:22, apartado 93.

### **a) Recurso de anulación**

De las vías de recurso disponibles será el recurso de anulación la vía apropiada para examinar la legalidad de los actos de una agencia, incluidas las decisiones de las salas de recurso. El artículo 263(4) TFUE estipula que “toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que *la afecten directa e individualmente* y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”<sup>60</sup>. Esta disposición excluye, por definición, la “actio popularis”, garantizando que solo pueda interponer recurso el que verdaderamente se vea perjudicado por la decisión adoptada por una agencia.

Tal como lo determina la segunda oración del artículo 263(1) TFUE, el TJUE “controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”<sup>61</sup>. Por tratarse de una noción bastante amplia, se entiende que la referencia a “órganos y organismos” incluye a las agencias. Dicha disposición contrasta con la primera oración del mismo apartado, en el que se mencionan como actos impugnables a “los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”. De no existir la segunda oración existiría un vacío en la tutela judicial de particulares, lo que sería incompatible con la imagen de “Unión de Derecho” de la UE que ha cementado el TJUE en su jurisprudencia. La posibilidad de interponer un recurso de anulación contra “actos legislativos” permite un examen de legalidad de los reglamentos constitutivos de agencias. En repetidas veces, Estados miembros impugnaron dichos reglamentos constitutivos, afirmando que el legislador de la UE habría excedido sus competencias al optar por la creación de una agencia dotada con determinados poderes. Tal como se ha mencionado anteriormente, estas ocasiones permitieron al TJUE confirmar la aplicabilidad de determinadas disposiciones como bases jurídicas. Esto nos lleva a los motivos que pueden justificar un recurso de anulación. Conforme al artículo 263(2) TFUE, el TJUE “será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder”, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento, el Consejo o la Comisión.

Tal como se desprende del artículo 264 TFUE, “si el recurso fuere fundado, el TJUE declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado”. No obstante, la misma disposición señala que el TJUE “indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban

---

<sup>60</sup> Véase KÜHN, W.M. “The Draft Protocol on the creation of the Court of Justice of Mercosur - A new milestone in the judicialisation of regional integration law”. *Journal of the Belarusian State University. International Relations*, 2017, nº 2, p. 62, sobre el recurso de anulación ante el TJUE y otros tribunales supranacionales.

<sup>61</sup> LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. *EU Procedural Law*, Oxford 2014, apartado 7.70, p. 304.

ser considerados como definitivos.” En general, el TG podrá decidir él mismo sobre la acción de nulidad o reenviar el asunto nuevamente a la agencia para que ésta pueda pronunciarse sobre ciertos aspectos, en particular de carácter técnico. El segundo caso es evidente, ya que el TG difícilmente podrá sustituir la apreciación efectuada por la administración por sus propias consideraciones. Los recursos interpuestos ante el TJUE no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el TJUE podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

### **b) Responsabilidad extracontractual**

Debido a que los reglamentos constitutivos prevén la responsabilidad extracontractual de las agencias de la UE por daños causados a raíz de actos ilegales cometidos hacia terceros, el TG es competente para tratar litigios de este tipo con arreglo al artículo 340(2) TFUE. La existencia de responsabilidad extracontractual de la UE se sujeta a la existencia de tres requisitos: el primero, la ilegalidad de la conducta de la institución o del agente; el segundo, la existencia de un perjuicio sufrido por el recurrente; y el tercero, una relación de causalidad entre la conducta de la institución o del agente y el citado perjuicio. La reparación de estos daños se realizará conforme a los “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

### **c) Responsabilidad contractual**

A diferencia de lo se aplica en el caso de la responsabilidad extracontractual, mencionado anteriormente, el artículo 340(1) TFUE prevé que “la responsabilidad contractual de la UE se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate”. Por lo tanto, cuando agencias concluyan contratos con terceros, sean éstos agentes privados o públicos, se deberá precisar en dichos contratos los casos que darán lugar a la responsabilidad de la agencia, por ejemplo, en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas.

Asimismo, de un punto de vista procesal, cabe recordar que el artículo 274 TFUE dispone que “sin perjuicio de las competencias que los Tratados atribuyen al TJUE, los litigios en los que la UE sea parte no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de las jurisdicciones nacionales”. Esta disposición debe entenderse en el sentido que no se puede deducir del simple hecho que una de las partes contractuales sea una agencia de la UE que el TJUE tenga competencia originaria para resolver posibles controversias. Al contrario, de no preverse específicamente en los contratos, la competencia recaerá en los tribunales nacionales. En el caso de contratos celebrados en el marco de la contratación pública, dichos contratos preverán generalmente una competencia de los tribunales del Estado sede de la agencia. Asimismo, se especificará que el Derecho de dicho Estado sede será aplicable cuando el contrato no prevea disposiciones específicas. Debido a que las agencias constituyen entidades supranacionales y el Derecho nacional no siempre prevé soluciones a los problemas jurídicos que pudieran surgir durante



la ejecución del contrato, no es inusual especificar que “el Derecho contractual de la UE” llenará las lagunas jurídicas que pudieran presentarse. El resultado puede describirse como un Derecho contractual “mixto”, compuesto del Derecho nacional y de los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros en materia contractual.

Conviene precisar que la responsabilidad contractual de una agencia por el posible incumplimiento de las obligaciones establecidas en un contrato debe distinguirse de la legalidad del procedimiento de contratación pública, el cual, como ya se ha explicado previamente, se efectúa conforme a las reglas previstas en los reglamentos financieros de la UE<sup>62</sup>. Por tener como objeto la aplicación de un reglamento de la UE, los participantes a un procedimiento de contratación pública (al que se le atribuyó el contrato u otro participante) que invoquen la ilegalidad del procedimiento deberán presentar un recurso ante el TG, cuya jurisdicción es obligatoria<sup>63</sup>. Los recursos posibles pueden ser un recurso de anulación o una demanda por responsabilidad extracontractual, con arreglo a disposiciones citadas.

#### **d) Recurso de casación**

El TJUE es competente para conocer de los recursos de casación que se limiten a cuestiones de Derecho y vayan dirigidos contra las sentencias y los autos del TG. Los recursos de casación no tienen efecto suspensivo. Cuando se admita y estime el recurso de casación, el TJUE anulará la resolución del TG y resolverá él mismo el litigio, o devolverá el asunto al TG, que estará vinculado por la resolución del TJUE.

### **7.3. Responsabilidad ante la Comisión**

Como ya se ha indicado anteriormente, las agencias son generalmente responsables ante la Comisión en lo que concierne la ejecución de las políticas de la UE. Las agencias normalmente consultan a la Comisión en una amplia gama de interrogantes que incluye igualmente la legalidad de ciertas medidas. La Comisión es el punto de contacto natural para hacer consultas en cuanto a la aplicación del Derecho administrativo de la UE, independientemente de la autonomía de la cual disponen las agencias. Existe además una responsabilidad ante la Comisión cuando el Derecho administrativo o los reglamentos constitutivos lo prevean explícitamente, por ejemplo, en el marco de procedimientos que exijan una cooperación entre la agencia y la Comisión o la aprobación de un acto por ésta última.

---

62 Las disposiciones contenidas en los reglamentos financieros, únicamente aplicables a las instituciones y otras entidades de la UE, presentan una gran similitud con las disposiciones de las directivas de la UE relativas a la contratación pública que los Estados miembros están obligados a aplicar. Para una descripción de estas directivas, véase KÜHN, W. M., “The reform of the EEA rules on public procurement”, *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 2015, nº 2, p. 150.

63 POULSEN, S.; JAKOBSEN, P.; KALSMOSE-HJELMBORG, S. *EU public procurement law*, 2ª ed., Copenhagen, 2012, p. 50.

#### 7.4. Examen de legalidad por otras entidades

Existen además otras entidades que asumen el rol de vigilantes en lo que respecta al control de legalidad. Su rol puede extenderse a todas las actividades de una agencia o limitarse a un ámbito específico. Ya se ha mencionado al DPE cuya función consiste en examinar casos de ilegalidad y de mala administración. Los dictámenes emitidos por el DPE en los asuntos llevados a su atención no son jurídicamente vinculantes, pero tienen cierta autoridad. El DPE incluirá el resultado de sus investigaciones en su reporte al Parlamento, por lo que se genera presión política. Generalmente, las agencias tendrán en cuenta la apreciación contenida en dichos dictámenes y tratará de remediar en la medida de lo posible cualquier tipo de mala administración que se haya detectado<sup>64</sup>.

Conviene mencionar además al Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), el cual es una autoridad supervisora independiente que tiene como objetivo principal garantizar que las instituciones y órganos de la UE respeten el derecho a la intimidad y la protección de datos cuando tratan datos de carácter personal y desarrollan nuevas políticas. El SEPD es elegido para un mandato renovable de cinco años. El reglamento (UE) 2018/1725<sup>65</sup> establece las funciones y competencias del SEPD, así como su independencia institucional en su calidad de autoridad de control. También establece las normas para la protección de datos en las instituciones de la UE. En la práctica, las funciones del SEPD pueden dividirse en tres funciones principales: control, asesoramiento y cooperación. En el marco de su función consultiva, el SEPD asesora a la Comisión, al Parlamento, al Consejo pero también a las agencias sobre asuntos de protección de datos en una serie de ámbitos de intervención política. Esta función consultiva está relacionada con las propuestas de nueva legislación, así como con otras iniciativas que pueden afectar a la protección de datos personales en la UE. Normalmente, dicha función tiene como resultado un dictamen formal, pero el SEPD también puede proporcionar orientación en forma de comentarios o documentos de orientación. Generalmente, la intervención del SEPD está prevista en los reglamentos constitutivos, por ejemplo, cuando se trata de concluir acuerdos entre agencias respecto al intercambio de datos personales, como es el caso entre FRONTEX y EUROPOL.

---

64 Tal como lo indicó la Abogada General Trstenjak en sus conclusiones de 28 de marzo de 2007 en el asunto C-331/05 P, *Internationaler Hilfsfonds/Comisión*, EU:C:2007:191, apartados 56 y 57, la finalidad primordial del DPE en el ejercicio de sus funciones es “la optimización de la administración comunitaria” y no la garantía de la tutela jurídica individual. El DPE “buscará con la institución u órgano afectado una solución que permita eliminar los casos de mala administración y satisfacer la reclamación del demandante, lo cual confiere a la figura del DPE un carácter más bien administrativo”.

65 Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 45/2001 y la Decisión n° 1247/2002/CE (OJ L 295, 21.11.2018, p. 39).

## 8. EL FUTURO DEL PROCESO DE AGENCIFICACIÓN

Las pasadas décadas han puesto en evidencia que la agencificación de la administración de la UE es un proceso que se encuentra en plena evolución. Sin embargo, pueden observarse ya algunas tendencias que permiten predecir su futuro hasta cierto punto. Primeramente, la proliferación algo caótica que tuvo lugar en un inicio fue remediada gracias a los criterios del “Planteamiento Común”, los cuales ofrecen un marco más claro para la creación de agencias. El legislador de la UE podrá servirse de ahora en adelante de esas herramientas para establecer cierto orden a la hora de configurar su estructura interna. Asimismo, los litigios ante el TJUE han permitido al legislador identificar las bases jurídicas apropiadas ante la necesidad de cumplir con las tareas administrativas que se presentan. La reciente creación de ELA el 20 de junio de 2019 demuestra que aún se apuesta en la agencificación como método adecuado de administrar la UE.

Obviamente, la tendencia de las agencias será de aumentar en número a medida que se le atribuyen cada vez más competencias a la UE y mientras que las ventajas de la agencificación no se cuestionen. No se puede excluir la posibilidad de que se cierren o fusionen agencias e incluso se incorporen a las instituciones una vez que pierdan su razón de ser. No obstante, no parece haber una tendencia clara hacia tal escenario. Más bien parece que ciertas agencias podrían evolucionar para jugar un rol determinante en ciertas áreas, como es el caso de FRONTEX en el ámbito de la protección de las fronteras exteriores, la cual será dotada de un cuerpo propio de guardas de fronteras y costas. Igualmente, no se puede excluir la posibilidad que ECDC se convierta en una entidad aún más importante debido a la pandemia y a la necesidad de apoyar la acción de los Estados miembros en el área de salud<sup>66</sup>. En consecuencia, las agencias se quedarán e influenciarán de manera determinante el funcionamiento de la UE.

Cual “satélites” de la UE, las agencias son representantes de la esfera supranacional en el territorio de los Estados miembros. La distancia geográfica y la descentralización constituyen desafíos que ponen en riesgo la coherencia de la acción administración por parte de las agencias. Dichos desafíos solo pueden vencidos a través del uso de medios de telecomunicación, tecnologías modernas, la celebración de reuniones continuas, intercambios de personal, etc. El trabajo en una agencia exige, por lo tanto, un cierto esfuerzo. Las ventajas no son manifiestas, pero responden a una exigencia política de asegurar una mayor representatividad de la UE en los Estados miembros a través de una descentralización administrativa.

---

<sup>66</sup> Respecto a la evolución de la política de la salud pública en la UE, véase KÜHN, W. El modelo social instaurado por la Constitución Europea: un análisis desde la perspectiva de la protección de la salud pública. *Agenda Internacional*, año 12, nº 23, 2006, p. 327.

## 9. CONCLUSIONES

El presente artículo ha presentado diversas facetas del fenómeno de agencificación en la administración europea, explicando el estatuto de las agencias dentro del ordenamiento jurídico de la UE, la manera en la que éstas se establecen, su organización interna y financiamiento, los procedimientos de toma de decisiones, así como su funcionamiento. Se ha efectuado además una clasificación de las agencias conforme a determinadas categorías a fin de facilitar la comprensión de su razón de ser. Asimismo, se han presentado los desafíos a los que se enfrentan las agencias en su actividad cotidiana. Se ha enfocado igualmente en su relación con las instituciones de la UE, sobre todo en el control de legalidad que éstas últimas ejercen. Se ha demostrado así que las agencias están muy lejos de operar en un vacío jurídico. Más bien se encuentran firmemente ancladas en la estructura institucional de la UE y sometidas a un estricto control de legalidad por parte de diversos actores, entre otros la Comisión, el Parlamento, el DPE y el TJUE. La agencificación ha logrado imponerse como una nueva forma de administración mixta, no prevista inicialmente en los tratados, que incorpora a los Estados miembros, favoreciendo así aún más la aceptación del Derecho de la UE por éstos últimos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANA GARCÍA, E. “Los recursos administrativos en la Unión Europea: Hacia un modelo común de justicia administrativa”. *Working Papers on European Law and Regional Integration*, 2015, n° 27.

CALLIES, C. *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*. Ed. Christian Calliess, Matthias Ruffert. Múnich, 2011.

CHITI, E. “Is EU Administrative law failing in some of its crucial tasks”. *European Law Journal*, 2016, vol 22, n° 5, pp. 576-596.

FRENZ, W. “Vollzug des Europarechts”. *Handbuch Europarecht*, Berlin: Heidelberg, 2010.

KÜHN, W. M. “The reform of the EEA rules on public procurement”. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 2015, n° 2, p. 150.

KÜHN, W. M. “Reflexiones sobre una posible convergencia regional con la participación de la Comunidad Andina y el Mercosur. Lecciones de la experiencia integracionista europea”. *Política Internacional*, 2013, n° 109.

KÜHN, W. “El modelo social instaurado por la Constitución Europea: un análisis desde la perspectiva de la protección de la salud pública”. *Agenda Internacional*, 2006, año 12, n° 23, pp. 327-363.

KÜHN, W.M. “La responsabilidad extracontractual de la UE a raíz de la violación por parte del TJUE del derecho fundamental a una duración razonable del

proceso”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2018, año 6, nº 12.

KÜHN, W.M. “The Draft Protocol on the creation of the Court of Justice of Mercosur - A new milestone in the judicialisation of regional integration law”. *Journal of the Belarusian State University. International Relations*. 2017, nº 2, p. 62.

KÜHN, W.M. “The Eurasian Economic Union (II) – Institutions, Law and Policies for Economic Integration”. *European Law Reporter*, 2016, nº7, p. 268.

LENAERTS, K.; MASELIS, I.; GUTMAN, K. *EU Procedural Law*. Oxford, 2014.

LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P. *European Union Law*, 3ª ed. Oxford, 2011.

MÖLLERS, R. *Polizei in Europa – Die Sicherheitsagenturen EUROPOL und FRONTEX im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*. 2ª ed., Frankfurt, 2017.

OESCH, M.; LANG, A. “EU-Agenturen und die Schweiz”. *Zeitschrift für Europarecht*, 2014, nº 6, pp. 131-141.

PEERS, S. *EU Justice and Home Affairs Law*, 4ta edición, vol. 1 (EU Immigration and Asylum Law). Oxford, 2016.

POULSEN, S.; JAKOBSEN, P.; KALSMOSE-HJELMBORG, S. *EU public procurement law*. 2ª ed. Copenhague, 2012.

VAN DROOGHENBROECK, S.; RIZCALLAH, C. *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2018.

WATHELET, M.; WILDEMEERSCH, J. *Contentieux européen*, 2ª ed. Bruselas 2014.

WIDDERSHOVEN, J. “Developing administrative law in Europe: Natural convergence or imposed universality?”. *Review of European Administrative Law*, 2014, vol 7, nº 2, pp. 5-17.



## The phenomenon of “agencification” in the administration of the European Union

**Abstract:** The present article offers an analysis of the process called “agencification” that has led the EU to resort to numerous agencies in order to fulfill its administrative tasks. The focus is on the status of these agencies within the EU legal system, the manner in which they are established, their internal organization and financing, the decision-making procedures, as well

as their functioning. Furthermore, the agencies are classified according to specific categories. The article explains as well the challenges that agencies face in their daily activities. Their relationship with the European institutions is also explained, especially as regards the democratic control and the control of legality exercised by the latter.

**Keywords:** Integration process, Regional economic integration law, Supranational administration, European agencies, European Union, European Economic Area, Area of freedom, Security and justice, International relations, Administrative law.

## RESUMEN BIOGRÁFICO

*Werner Miguel Kühn Baca* es Doctor en Derecho por la Universidad de Kiel (Alemania). Especialización en Derecho de la integración económica regional (Unión Europea, Comunidad Andina, MERCOSUR, Espacio Económico Europeo y Unión Económica Euroasiática). Ejerció de 2004 a 2012 la función de letrado (“référéndaire”) en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo; trabajó de 2013 a 2017 como funcionario jurídico superior en la Autoridad de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio en Bruselas; laboró de 2017 a 2019 como funcionario jurídico superior y jefe adjunto del servicio jurídico de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) en Varsovia. Labora desde 2019 nuevamente como letrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## Hacia una integración regional más eficiente: Los impactos en el MERCOSUR del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea y un cambio para una mejor ejecución

### Para uma integração regional mais eficiente: Os impactos no MERCOSUL do Acordo de Associação com a União Europeia e uma mudança para melhor execução

Ramiro García Blanksman\* 

**Resumen:** En el presente trabajo se expondrán los impactos que significaría para el MERCOSUR la entrada en vigor del Acuerdo de Asociación realizado con la Unión Europea. Para ello, primero hay que considerar ciertas características de ambas estructuras de integración regional. El MERCOSUR, al ser un organismo intergubernamental, actualmente presenta algunas limitaciones estructurales en comparativa con la Unión Europea, como ser las asimetrías jerárquicas en la normativa del organismo en los distintos estados miembros, ausencia de plazo para la integración de estas, la dependencia a los intereses de los gobiernos de turno, entre otras. Debido a ello, se logrará apreciar que el acuerdo de Asociación Unión Europea-MERCOSUR implicaría un significativo avance en mejorar la calidad institucional del MERCOSUR. Sin embargo, en el presente análisis se argumentará la existencia una alternativa que lograría una mayor captación de las distintas ganancias que este acuerdo implica, la cual es la de transformar al MERCOSUR en un organismo supranacional. En virtud de ello, se realizará un análisis comparativo a la estructura de la Unión Europea, ya que posee características como la aplicabilidad inmediata de sus normas, teniendo un efecto directo y superior a los derechos nacionales de los estados miembros. Al final del trabajo, se podrá inferir que, si bien el mencionado Acuerdo es un gran paso para una integración regional más eficiente, transformar al MERCOSUR en un organismo supranacional lograría una mejor aplicabilidad del mismo, como así también suplir gran parte de las

---

\* Universidad Torcuato di Tella, Argentina.  
E-mail: rgblanksman@gmail.com  
Recibido: 31/05/2020. Aceptado: 02/03/2021.



ineficiencias jurídicas que actualmente posee y brindándole a sus estados miembros una mayor estabilidad jurídica, lo cual derivaría en mayores beneficios sociales y económicos.

**Resumo:** Neste trabalho, expor –se os impactos que a entrada em vigor do Acordo de Associação celebrado com a União Européia significará para o MERCOSUL. Para isso, é necessário primeiro considerar algumas características de ambas as estruturas de integração regional. O MERCOSUL, por ser um órgão intergovernamental, apresenta atualmente algumas limitações estruturais em relação à União Européia, tais como assimetrias hierárquicas na regulamentação do órgão nos diferentes estados membros, ausência de prazo para sua integração, dependência de interesses dos governos atuais, entre outros. Por isso, será possível perceber que o acordo de Associação União Européia-MERCOSUL implicaria em um avanço significativo na melhoria da qualidade institucional do MERCOSUL. Porém, nesta análise será discutida a existência de uma alternativa que permitiria uma maior captura dos diversos ganhos que este acordo implica, que é transformar o MERCOSUL em um órgão supranacional. Em virtude disso, será realizada uma análise comparativa da estrutura da União Européia, uma vez que esta possui características como a aplicabilidade imediata de sua regulamentação, tendo efeito direto e superior aos direitos nacionais dos Estados membros. Ao final do trabalho, pode-se inferir que, embora o referido Acordo seja um grande passo para uma integração regional mais eficiente, a transformação do MERCOSUL em um órgão supranacional permitiria uma melhor aplicabilidade do mesmo, além de abastecer grande parte do as ineficiências jurídicas que atualmente possui e proporcionando aos seus Estados membros maior estabilidade jurídica, o que levaria a maiores benefícios sociais e econômicos.

**Palabras clave:** Cooperación, Eficiencia, Integración, MERCOSUR, Unión Europea.

**Palavras-chave:** Cooperação, Eficiência, Integração, MERCOSUL, União Européia.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Metodología de trabajo utilizada

Para este trabajo se utilizará la metodología de carácter cualitativo, ya que es la más indicada a tratar el tema elegido porque tiene datos que no solo pueden ser reducidos a números, sino que consta en su mayoría conceptos, citas bibliográficas, interpretaciones, etc., por lo que será un análisis de aspectos descriptivos y así generar un respaldo al tema planteado. Por otro lado, utilizare el método científico analítico-comparativo, ya que se analizarán dos sistemas de integración distintos como lo son la Unión Europea y el MERCOSUR<sup>1</sup>.

---

1 HERNÁNDEZ SIAMPIERI, Roberto. *Metodología de la investigación*. 5ª ed. México: Mc.Graw Hill, 2010.



## **1.2. Fundamentación**

El Acuerdo de Asociación entre el MERCOSUR y la Unión Europea va a significar la convergencia de dos mercados muy distintos, pero donde se podrá apreciar en el presente trabajo que va a significar en la transformación en mercados más competitivos y eficientes, logrando generar beneficios en ambos bloques.

Sin embargo, actualmente el MERCOSUR al ser un organismo intergubernamental, el cual padece de ciertas ineficiencias jurídicas y limitaciones estructurales, como ser el de tener distinta jerarquía las normas del MERCOSUR en los derechos internos de los estados, lo cual genera un problema de definición de derechos, ya que en los estados miembro tienen distinta preponderancia de los derechos comunitarios sobre su derecho interno, como así también el de falta de aplicabilidad inmediata de la normativa del MERCOSUR, la cual queda supeditado a los procesos de cada estado miembro. Por lo que la cooperación entre estos estados resulta más costosa de lo que podría ser, ya que actualmente su calidad institucional se encuentra en un nivel subóptimo, lo que se traduce en pérdidas de beneficios.

Es por ello, que se plantea transformar el MERCOSUR en un organismo supranacional lograría eliminar muchas ineficiencias que hoy posee, para lo cual se tomara como comparativa la Unión Europea. Al final del presente trabajo se podrá inferir que, si el MERCOSUR adoptara la misma estructura de la Unión Europea, le otorgará una estabilidad de la que actualmente no tiene, ya que, de transformarse en un órgano supranacional, se podrían mejorar gran cantidad de sus ineficiencias, como ser el de que su normativa tendría aplicación inmediata en los estados miembros. Esto también ayudaría a las empresas que integren el bloque, ya que al tener un sistema más eficiente se lograrían intercambios a menores costos, provocando un mercado más competitivo, lo que se traduce en una asignación más eficiente de recursos y una maximización en el bienestar agregado de los agentes económicos, lo cual genera incentivos para una mayor cantidad de inversiones extranjeras. Además, esta transformación en un organismo supranacional por parte del MERCOSUR, al tratarse de un sistema más eficiente generaría una mayor captación de las ganancias derivadas del acuerdo mencionado.

## **2. DOS MODELOS: COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL (CI) VS SUPRANACIONALIDAD (SN)**

Es importante destacar las diferencias entre ambos conceptos, ya que la CI a través de los clásicos procedimientos de derecho internacional, intenta organizar el trabajo común de los diferentes Estados preservando las estructuras nacionales existentes<sup>2</sup>.

En cambio, la SN, siguiendo a Sandra Negro, los elementos que una organización de carácter supranacional residen principalmente en que estas

---

2 SANGUINETTI, J. L. "MERCOSUR: Las alternativas del diseño institucional definitivo", en *Integración Latinoamericana*, nº 196. Buenos Aires: BID/INTAL, 1994, p. 4.

gozan de una mayor autoridad gubernamental y poderes legislativos en relación con sus Estados miembros, donde esta autoridad tiene la organización para hacer que su derecho sea directamente aplicable a los nacionales de sus Estados miembros, sin requerir la adopción de medidas nacionales por parte de los Estados, y la aplicación de este concepto en el inicio del proceso de integración aparecen limitados a determinados sectores<sup>3</sup>.

Para finalizar este punto, resulta destacable la opinión de la citada anteriormente cuando hace referencia a Charles Oman, diciendo “Ofrece este autor una interesante óptica acerca de la soberanía de los Estados participantes pues no se detiene en el aspecto de transferencias de competencias y pérdida de soberanía por parte de los Estados, sino en la oportunidad que el esquema de integración brinda a los Estados de incrementar el poder de negociación y la soberanía política de los Estados participantes, frente al resto del mundo”<sup>4</sup>.

### **3. CONSIDERACIONES SOBRE LA ACTUAL ESTRUCTURA DEL MERCOSUR**

#### **3.1. Asimetrías Constitucionales respecto de la jerarquía normativa del MERCOSUR**

En esta sección se realizará un análisis sobre la jerarquía normativa emanada de algún órgano del MERCOSUR que tiene en cada país miembro según sus constituciones.

##### ***Constitución Nacional de la República Argentina***

No hace falta agregar mucho más de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN, en el título de Atribuciones del Congreso, la cual estipula que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, es decir, supralegal. Por otro lado, gozarán de jerarquía constitucional los tratados nombrados en el artículo, y se necesitara la aprobación de las 2/3 partes del Congreso para que los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos puedan gozar de tal jerarquía.

También hay que destacar el art. 75 inc. 24 de la CN, ya que estipula expresamente “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara...”, esto significa un gran avance para poder lograr una integración regional, ya que permite la delegación de competencias y jurisdicción, además les da un carácter supralegal a los tratados de integración. No obstante, es interesante destacar que, a partir de una interpretación literal de la Constitución

---

3 NEGRO, Sandra C. (Ed.), *Derecho...*, p. 48-49.

4 OMAN, Charles. “Globalization and Regionalization: The Concepts”. En *Globalization and Regionalization: The challenge for Developing Countries*, Development Centre Studies, 1994.

mencionada, los tratados del MERCOSUR no estarían comprendidos en el marco del inciso 24 del art. 75 de la Constitución argentina, ya que no se cumplen con los requisitos exigidos por la norma, debido a que sus órganos con capacidad decisoria son de carácter intergubernamental y no supra-estatal o supranacional. En razón de lo expuesto, se suele mencionar que la legislación emanada de los órganos que componen el MERCOSUR reviste carácter jerárquico en su vinculación con las leyes en razón de la regla insertada en el art. 75, inciso 22 de la Constitución mencionada<sup>5</sup>, aunque como se puede apreciar, las normas gozarían de jerarquía supra-legal en los dos casos.

Por último, me parece importante destacar nuevamente a la autora Scotti<sup>6</sup> “(...) doctrina sentada por la Corte Suprema en el fallo “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)” del 12 de octubre de 1994, en el cual nuestro más alto tribunal de justicia reconoció jerarquía supralegal a un acuerdo celebrado entre la Argentina y Brasil, en el marco de la ALADI sobre normas nacionales que imponían gravámenes a la importación.

En efecto, la reforma constitucional ha dado un paso muy importante al reconocer ciertos rasgos propios del derecho de la integración, en particular, la jerarquía superior de los tratados de integración respecto de las leyes internas, la delegación de competencias y jurisdicción en organizaciones supranacionales y la jerarquía superior del derecho derivado respecto de las leyes”.

Por último, la autora anteriormente nombrada destaca “La Constitución subordina la facultad del Congreso para aprobar estos tratados con Estados Latinoamericanos a las siguientes condiciones: 1) que se observen condiciones de igualdad y reciprocidad; 2) que se respete el orden democrático; 3) que se respeten los derechos humanos; y 4) que se aprueben por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. Por su parte, la aprobación de los tratados de integración con Estados que no son latinoamericanos está sujeta, además de a las condiciones enumeradas en 1), 2) y 3), a: 4) que la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara declaren la conveniencia de su aprobación y 5) que la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara lo apruebe dentro de los ciento veinte días posteriores al acto declarativo.

Cabe precisar que la Ley 24.080 del 10 de junio de 1992 exige que los hechos y actos referidos a tratados internacionales en que sea parte la República Argentina sean publicados dentro de los 15 días hábiles posteriores a cada hecho o acto.”

---

5 VIEIRA, Luciane Klein. *La reforma de las constituciones de los Estados partes del MERCOSUR. Diario jurídico La Ley*. Disponible en: <<https://vpn.utdt.edu/>>

6 SCOTTI, Luciana B. “La integración regional y el derecho de la integración El caso del MERCOSUR: luces y sombras”. *Diario Jurídico elDial*. Disponible en: <[www.eldial.com](http://www.eldial.com)>

### ***Constitución Nacional del Paraguay***

Es oportuno lo señalado por Luciane Vieira<sup>7</sup> “en igual sentido que la de la Argentina, admite la existencia de un orden jurídico supranacional. Sin embargo, lo sujeta a la condición de igualdad con otros Estados y a que ese orden garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo político, económico, social y cultural.

En cambio, al contrario de lo que hizo la Constitución argentina, la paraguaya no privilegia la integración latinoamericana en detrimento de la integración con otros países. Es decir, le confiere igual trato.

Respecto a la jerarquía entre norma interna e internacional, es dable señalar que los art. 137 y 141 de la Carta Magna bajo análisis otorgan a los tratados jerarquía superior a las leyes internas. Sin embargo, conforme aduce Sandra Negro, no existe una referencia expresa a las normas derivadas, producto de órganos creados por tratados de integración. De esta forma, para este país, los tratados que establezcan la integración regional tendrán jerarquía supra-legal, pero infra-constitucional.

Luego, con relación a la Argentina y al Paraguay se puede decir que ambos países presentan normas constitucionales flexibles a la adopción de un orden de carácter supranacional, admitiendo la posibilidad de renuncia de la soberanía, bajo ciertas condiciones de reciprocidad entre los Estados. No obstante, aunque coincidan con la atribución de jerarquía supra-legal a los tratados de integración regional, es dable señalar que el texto paraguayo no menciona el derecho derivado entre la jerarquía de las fuentes del derecho, motivo por el cual se sostiene que “Argentina posee entonces, innegablemente, la Constitución más avanzada bajo el prisma de una futura integración comunitaria semejante a Europa”.

### ***Constitución Federal de Brasil***

Siguiendo a la misma autora, la cual dispone sobre esta constitución “de 1988, no prevé en su articulado ninguna disposición que trate de la jerarquía entre tratados y normas internas, exceptuado el tratamiento dispensado a los tratados de derechos humanos, que a partir de la Enmienda Constitucional Nº 45/2004, adquirieron una jerarquía superior o hasta mismo constitucional, conforme se verifica del análisis del art. 5º, párrafo 3º, a pesar de que esta postura no es unánime tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia de los tribunales superiores. En materia de integración regional, la única previsión existente en la Constitución referida está contemplada en el art. 4º, párrafo único, según la cual “la República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, orientándose a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones. “Luego, a partir del texto subrayado, se verifica que también

---

<sup>7</sup> VIEIRA, Luciane Klein. “La reforma de las constituciones de los Estados partes del MERCOSUR”. *Diario jurídico La Ley*. Disponible em: <<https://vpn.utdt.edu/proxy/44f9178c/https/informacionlegal.com.ar>>

se da preferencia a la integración latinoamericana, pero, con relación al tratamiento jerárquico de los tratados de integración regional lo que existe es un verdadero vacío, que lleva a que tales acuerdos sean tratados de la misma forma que los acuerdos en general, en donde se les da igual jerarquía que a las leyes ordinarias, como resultado de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Asimismo, es dable reiterar que el país tampoco contempla en su Carta Magna disposiciones que permitan someterse a un orden jurídico supranacional, sujetando los tratados internacionales al control de constitucionalidad”.

### ***Constitución Nacional Uruguay***

Aquí me basaré en la explicación que brinda Daisy Ventura<sup>8</sup>, “Aunque pionera, la referencia a la integración contenida en la Ley Fundamental uruguaya es enigmática, probablemente en razón de su carácter obsoleto. Según el artículo 6 (último inciso), la República buscará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo referente a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

A semejanza de Brasil, Uruguay conoció una tentativa de convertir la norma programática favorable a la integración en un dispositivo verdaderamente efectivo, pero fracasó. Una reforma del artículo 6 fue propuesta en 1993 por el presidente del Senado, que deseaba agregar en él tres incisos: 3. Los tratados que consagren la citada integración aprobados de acuerdo con el artículo 85, 7, forman parte del derecho nacional y hacen nacer directamente derechos y obligaciones para los habitantes de la República, cuando sus disposiciones fueren directamente aplicadas; 4. Las resoluciones de los órganos creados por dichos tratados también se aplicarán a los habitantes de la República cuando fueren obligatorias para todas las personas, en virtud de su contenido; 5. No serán aplicables las leyes incompatibles con los referidos tratados y con las resoluciones de dichos órganos. Esta propuesta fue rechazada por la comisión especial de reforma en el Senado.

A semejanza de la Carta brasilera, la Constitución uruguaya guarda silencio en cuanto a la jerarquía entre las normas jurídicas.

Pero el artículo 4º se muestra bastante restrictivo en cuanto a las fuentes de derecho que admite: la soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará. La Suprema Corte de Justicia, por su parte, desarrolló en los años setenta jurisprudencia según la cual los tratados internacionales tenían primacía sobre las leyes internas. En 1990 un fallo de referencia invirtió esta tendencia, relegando los tratados internacionales a la posición de equivalencia con las leyes ordinarias. Para esta jurisdicción

---

8 VENTURA, Daisy. *Las asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea*, 2005, p. 228 y ss., Disponible en: <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_7431-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_7431-544-4-30.pdf)>

uruguay, cabe apoyar la tesis de que la ley posterior al tratado, incompatible con él, supone su derogación.

Las Constituciones de Brasil y Uruguay conocieron numerosas modificaciones puntuales desde el inicio de los años noventa. Sin embargo, ninguna disposición anteriormente citada fue objeto de revisión.”

### ***Constitución de la República Bolivariana de Venezuela***

Aquí considero pertinente citar a la autora Luciana Scotti<sup>9</sup>, en donde determina tres características fundamentales del art 153 de la Constitución que se trata: “i) Se admite en el orden constitucional interno la posibilidad de que Venezuela participe en procesos de integración que contemplen la creación de órganos supranacionales, y la atribución a estos, del ejercicio de competencias cuya titularidad es atribuida por el propio texto constitucional a los órganos nacionales del poder público; ii) se acoge con rango constitucional el principio de aplicación del Derecho comunitario, lo cual quiere decir que las normas dictadas por la organización supranacional (Derecho comunitario derivado), previa atribución al efecto, tienen incidencia directa e inmediata en la esfera jurídica de los Estados parte y en la de sus ciudadanos, sin perjuicio de que el propio ordenamiento comunitario establezca la necesaria intervención de los órganos nacionales, a los efectos de su ejecución o de su desarrollo interno, y iii) se recibe, también con jerarquía constitucional, el principio de aplicación preferente del Derecho comunitario, según el cual, en caso de conflicto entre una norma del Derecho interno y otra del Derecho comunitario, la norma interna queda desplazada por la comunitaria, que se aplica preferentemente, siempre que la competencia para dictarla este atribuida a la organización supranacional”. Al final hace referencia al artículo 23 de la Constitución mencionada, en la cual estipula “Los tratados, pactos, y convenciones internacionales relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público”.

### **3.2. Falta de aplicación inmediata**

En esta parte haré referencia al texto de Cynthia Cabrol<sup>10</sup> cuando explica que “Al ser los órganos del MERCOSUR instituciones intergubernamentales, las decisiones adoptadas por los mismos (Decisiones del CMC, Resoluciones del GMC y Directivas de la CCM) no gozan de aplicación inmediata ni aplicación directa en el territorio de los Estados Parte. Esta situación se debe

---

<sup>9</sup> NEGRO, Sandra C., Op. cit., p. 116.

<sup>10</sup> CABROL, Cynthia. “El Parlamento del MERCOSUR: su limitado rol en el marco de una estructura institucional intergubernamental”. *Revista Online Lupa Empresarial*. Disponible en: <<http://www.ceipa.edu.co/lupa/index.php/lupa/article/view/130/256>>

a que, una vez aprobada la norma, los cuatro Estados deben internalizarlas según los propios procedimientos en sus ordenamientos jurídicos nacionales, y es recién después de este acto cuando las mismas se convierten en fuente de derechos y obligaciones jurídicas para los Estados y sus particulares.”

### **3.3. Falta de plazo para la integración de las normas del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados miembros**

Para respaldar esta afirmación, seguiré la postura de Scotti<sup>11</sup> respecto a que en el art. 42 del Protocolo de Ouro Preto se determina que, al aprobarse las normas del MERCOSUR, estas deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional de los Estados Miembro para que sean vinculantes para estos. Pero el problema radica en que no se establecen plazos perentorios para su incorporación y se rigen por los distintos procedimientos de cada uno, lo que conlleva a crear un clima de inseguridad jurídica y una falta de efectividad, ya que para que la normativa entre en vigor tiene que estar incorporada en todos los Estados Parte. Además, esto implica también que los operadores económicos quedan sujetos a diversas reglas según la forma en la que el Estado en cuestión lo haya internalizado.

### **3.3. Estado actual del MERCOSUR**

“En el MERCOSUR no se ha alcanzado el grado de madurez integrativa y tampoco se ha logrado brindar una eficiente seguridad jurídica debido a la inexistencia de certeza en cuanto a la vigencia simultánea de la normativa MERCOSUREña (derecho derivado). Y de este modo, se incurre en violación de decisiones adoptadas en común y se anteponen los intereses sectoriales internos a los de la comunidad regional”<sup>12</sup>.

Hablar de las debilidades institucionales del MERCOSUR es, a esta altura de su evolución, una redundancia. No obstante, no puede dejar de señalarse que esta sentencia [Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en los autos “Whirlpool Puntana SA (TF 21.671-A) c/ Dirección General de Aduanas”, donde se pronunció sobre la compatibilidad de las denominadas retenciones a las exportaciones en el comercio intra MERCOSUR] es producto de esa debilidad.

En verdad, un proceso de integración para contar con herramientas institucionales eficaces debe estar dotado de instancias jurisdiccionales supranacionales que garanticen —junto con los tribunales nacionales de cada Estado miembro— la interpretación uniforme de sus normas conforme a las pautas hermenéuticas supra citadas. La Unión Europea encontró en su tribunal de justicia a un firme impulsor de los avances de la integración. Por el contrario, el MERCOSUR, al carecer de dicha instancia, siempre queda

---

11 SCOTTI, Luciana. “Balances y perspectivas a 20 años de la constitución del MERCOSUR”. Buenos Aires: EUDEBA, 2013, 386 p.

12 MARANIELLO, Patricio Alejandro. “Situación actual del MERCOSUR”. *Diario jurídico La Ley*. Disponible en: <<https://vpn.utdt.edu/proxy/2e602ea2/https/informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley>>

expuesto a las distintas interpretaciones que hacen los tribunales nacionales. El fallo de nuestra CSJN que aquí se analiza, al convalidar incumplimientos a los objetivos fijados en el Tratado de Asunción, significó un retroceso para el proceso de integración”<sup>13</sup>.

El Gobierno elevó aún más la tensión dentro del MERCOSUR e instará a Brasil, Uruguay y Paraguay a tomar una decisión sobre el futuro del bloque regional, que atraviesa una de sus mayores crisis por las fuertes diferencias ideológicas internas en torno a la apertura comercial. Los cortocircuitos crecieron en el marco de la pandemia por el coronavirus<sup>14</sup>.

## 4. CONSIDERACIONES SOBRE LA ACTUAL ESTRUCTURA DE LA UNIÓN EUROPEA

### 4.1. La supranacionalidad y sus efectos

Para este punto, citaré a Rodolfo Barra<sup>15</sup> “Probablemente el sistema más perfeccionado en materia de un ordenamiento jurídico supranacional, incluyendo su Tribunal de Justicia, es el vigente para la Unión Europea”.

Allí los principios de aplicabilidad inmediata y directa, de primacía o prevalencia, de expansión, según lo autorice la regla de la subsidiariedad, aseguran la vigencia del derecho comunitario, en su inacabado ámbito de competencia, por sobre los derechos locales, con obligación de respeto con tales alcances incluso para el juez nacional que es también considerado (doctrinalmente) como una suerte de ‘juez comunitario’, según Pescatore, y colaborador del Tribunal de Justicia de la Unión. Es de notar que esta vía permite que el derecho supranacional sea vigente en las relaciones entre particulares e, insisto, con prevalencia sobre las normas locales”.

Posteriormente el autor citado concluye “en todos los casos la cuestión fundamental se ha resuelto o con la admisión del efecto constitucional automático del Tratado o con las reformas de las constituciones locales para adaptarlas al Tratado.

Es un principio común del derecho internacional (art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y del derecho de la integración, que un Estado no puede excepcionarse en su ordenamiento normativo interno para justificar el incumplimiento de un tratado vigente, es decir,

---

13 GONZÁLEZ, Flavio Floreal. “Retenciones a la exportación en el MERCOSUR”. *Diario jurídico La Ley*. Disponible en: <<https://vpn.utdt.edu/proxy/2e602ea2/https/informacionlegal.com.ar/>>

14 ALAN SORIA, Guadalupe. “El Gobierno sube la tensión en el MERCOSUR y plantea una posible ruptura”. *Diario la Nación*. Disponible en: <<https://www.lanacion.com.ar/politica/el-gobierno-sube-tension-MERCOSUR-plantea-posible-nid2358740>>

15 BARRA, Rodolfo. *Jurisdicción constitucional de los tribunales internacionales*. Disponible en: <<http://rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/jurisdiccion-constitucional-de-los-tribunales-internacionales/>>



ratificado conforme lo dispuesto por la Constitución y por el mismo tratado.

En consecuencia, nos encontramos frente a dos perspectivas: la primera, desde el derecho constitucional local, siempre se afirmará la primacía de la Constitución del Estado, aun sobre los acuerdos internacionales; la segunda, desde la responsabilidad internacional del Estado, la solución práctica obligará a adaptar la norma local, aun constitucional, a lo establecido en el tratado internacional, ya firmado o que se desea —en realidad, necesita— firmar. Sin que se lo afirme, todavía, teóricamente, la realidad práctica parece conducirnos a la primacía de la norma internacional.

Esta última es una interpretación que quedaría fortificada de admitirse que, por el distinto nivel competencial del Derecho comunitario con respecto al ordenamiento local, y mediando la autorización constitucional para delegar competencias a autoridades supranacionales, estas últimas, actuando en calidad de 'constituyente' en el ámbito comunitario, se han desempeñado en el marco de una autorización abierta para desarrollar una norma fundamental —el Tratado— que no precisa poseer un contenido estrictamente ajustado a las Constituciones locales. Incluso en este plano, como veremos, en un aspecto crucial como el respeto de los derechos humanos, el Tratado sería examinado de conformidad con los principios y normas internacionales de respeto de tales derechos y no con relación a las normas respectivas de las Constituciones locales, aun cuando estas forman parte de las 'tradiciones constitucionales comunes', según la expresión habitual del Tribunal de Justicia.”

Para finalizar, considero importante exponer algunos extractos del fallo “Francovich y otros”<sup>16</sup>:

#### ***a) Sobre el principio de la responsabilidad del Estado***

Debe señalarse, en primer lugar, que el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias<sup>17</sup>.

La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para

---

<sup>16</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97140&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=543379>>

<sup>17</sup> Véanse las sentencias de 5 de Febrero de 1963, Van Gend en Loos, 26/62, Rec. p. 3, y de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, Rec. p. 1141.

asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario<sup>18</sup>.

De todo lo expuesto resulta que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables”

***b) Sobre los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad del Estado***

Cuando, como ocurre en el presente asunto, un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe, en virtud del párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos.

El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Así pues, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva 80/987.”

## **5. COMPARACIÓN ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y EL MERCOSUR**

Según lo expuesto se pueden realizar las siguientes distinciones, donde con UE se hace referencia a la Unión Europea y con ME al MERCOSUR:

*Unión Europea:* tanto sus instituciones como sus órganos tienen carácter supranacional, y sus integrantes representan intereses independientes de los gobiernos nacionales, ya que se basan en los intereses de la comunidad europea, porque tiene su propia autonomía decisoria.

*MERCOSUR:* posee carácter intergubernamental, lo que significa que carecen de cualquier tipo de autonomía, puesto que están compuestos solo por representantes gubernamentales y deciden por consenso, no media renuncia ni transferencia de atribuciones y potestades soberanas, por lo que representan los intereses de los gobiernos de turno a los que pertenecen.

*Unión Europea:* las decisiones de las instituciones u órganos, salvo excepciones donde se adopta por unanimidad, se adoptan por mayoría simple o cualificada.

*MERCOSUR:* las decisiones de estas instituciones se realizan por

---

<sup>18</sup> Véase, en lo que respecta a la disposición análoga del artículo 86 del Tratado CECA, la sentencia de 16 de Diciembre de 1960, Humblet, 6/60, Rec. p. 1125.

consenso mediante la presencia de los representantes asignados por los gobiernos de los Estados partes, a los cuales se le da capacidad de veto de las mismas, lo que puede paralizar el funcionamiento del MERCOSUR. Esto significa que los Poderes Ejecutivos nacionales tienen la concentración de la toma de decisiones y que se necesita la aprobación unánime de todos los miembros presentes para la entrada en vigor de la normativa ME.

*Unión Europea:* una de las cualidades más destacables, es la supremacía de su derecho comunitario, tal es así que, como se ve reflejado en la práctica, contiene un ordenamiento en la que el Derecho Comunitario prevalece sobre el Derecho interno de los Estados Miembros. Además, goza de una inmediata aplicabilidad y con efecto directo de las normas, lo cual significa que pueden ser invocadas directamente por los particulares, ya que no es necesaria la internalización de las mismas a los derechos nacionales. Además, en caso de que no se cumpla con alguna directiva de la UE, cualquier ciudadano de la Unión puede interponer el recurso de incumplimiento.

*MERCOSUR:* Como se ha expuesto, la jerarquía de la normativa del MERCOSUR es distinta en cada Estado parte. Además, no existe plazo de integración en el derecho interno, entonces se genera una situación de inseguridad jurídica cuando hay Estados que no lo integran. Como consecuencia, incluso en el caso que todos los Estados miembros integren una normativa del MERCOSUR, hay un claro desequilibrio en cuanto al valor jerárquico de la misma dependiendo del país donde se lo quiera invocar.

## **6. ASPECTOS A CONSIDERAR DE LOS ACUERDOS COMERCIALES**

Si bien cada acuerdo comercial tiene sus propias características y alcances, hay consenso en que “Los acuerdos comerciales preferenciales o multilaterales modifican las condiciones de competencia de los países, generando cambios en la dotación y la remuneración a los factores y en general en el bienestar de la población”<sup>19</sup>. Más específicamente, el mismo artículo señala que los mencionados acuerdos “modifican las condiciones en las cuales se desarrolla la actividad económica de los países, expandiendo o contrayendo las actividades existentes antes de los acuerdos y creando o modificando las condiciones de abastecimiento de bienes y servicios de uso intermedio y final. Aunque puede haber motivaciones de diversa índole para mejorar las condiciones recíprocas de acceso a mercados, en general el fin último es la mejora en el bienestar de la población del país que se involucra en un acuerdo de integración comercial”<sup>20</sup>.

Otro aspecto a considerar de los acuerdos son sus efectos, donde una de las principales cuestiones que surgen es “el de la ganancia por economías de escala, que surge por el acceso a un mercado más grande que

---

19 SÁNCHEZ, Álvaro Lalanne Guillermo. *Evaluación del impacto de acuerdos comerciales, Metodologías, experiencias internacionales y aplicaciones para el caso uruguayo*, p. 5. Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/45070-evaluacion-impacto-acuerdos-comerciales-metodologias-experiencias>>

20 *Ibid*, p. 7.

permite incrementar la eficiencia. Al mismo tiempo, para consumidores con preferencia por la variedad, un mercado más grande aumenta la disponibilidad de variedades y por lo tanto el bienestar”<sup>21</sup>.

En otro orden de conceptos, es interesante a destacar un autor sobre la descripción del concepto de “competitividad como eficiencia, pues su objetivo consiste en determinar la eficiencia relativa de los países en desarrollo. Sin embargo, como esta medida no basta para describir la magnitud del término competitividad, es necesario analizar también los factores que la determinan, de acuerdo con el enfoque de Ferraz, Kupfer y Haguenuer. Estos autores buscan un enfoque dinámico, que proporcione un punto de referencia para la competitividad mediante el análisis del proceso competitivo. En este contexto, la competitividad se define como la capacidad de una empresa de crear e implementar estrategias competitivas y mantener o aumentar su cuota de mercado de manera sostenible.

El desempeño y la eficiencia productiva de las empresas estarían ligados a la capacitación acumulada a lo largo del tiempo, que incidiría en sus estrategias competitivas. Estas, a su vez, se adoptarían de acuerdo con el ambiente económico y el proceso competitivo en el cual se insertaría la empresa. De esta forma, la competitividad se entendería como una medida que abarca no solo una determinada empresa, sino que está directamente relacionada con el patrón de competencia de un mercado específico.

Los patrones de competencia estarían influenciados por la composición del ambiente competitivo de la empresa, es decir, por los componentes estructurales y conductuales de un determinado sector o sistema económico. Estos patrones derivan de la interdependencia entre las empresas o sectores competitivos a través de complementariedades tecnológicas, restricciones y estímulos al flujo de bienes, además de la disponibilidad de infraestructura, leyes, sistemas de planificación y políticas industriales, entre otros”<sup>22</sup>.

Según este artículo hay varios factores que determinan la competitividad, donde la empresa (capacitación, desempeño, métodos de organización y estrategia) se encuentra dentro de una estructura (mercado, configuración de la industria, regímenes de incentivos y regulación, grado de sofisticación tecnológica y accesos a productos internacionales) y todo ello a su vez depende en el sistema en el que se desempeñe (infraestructura, ambiente macroeconómico, internacional, político-institucional, legal, normativo y social)<sup>23</sup>.

Respecto del impacto en la calidad institucional de estos acuerdos, un estudio refleja importantes conclusiones respecto de la robusta relación sobre los roles institucionales y geografía en las ganancias de los acuerdos comerciales:

---

21 Ibid, p. 10.

22 La competitividad y sus factores determinantes: un análisis sistémico para países. Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/45005-la-competitividad-sus-factores-determinantes-un-analisis-sistemico-paises>>

23 Ibid, diagrama 1, p.11.

Descubrimos que el comercio es una variable explicativa estadísticamente significativa para la productividad laboral en nuestra muestra de países, cuando se incluye la calidad institucional y los factores geográficos(...) Los resultados de nuestras estimaciones sugieren que un aumento de un punto porcentual en el comercio, medido como apertura real, aumenta la productividad en un 0,16% en el corto plazo -menor que otros resultados-, mientras que el coeficiente a largo plazo es 0,80 ( $0.16 / (1 - 0.80)$ ), lo que está más en línea con los hallazgos previos en estudios transversales. El tamaño de este coeficiente es económicamente significativo, ya que un 1% de aumento en comercio (es decir, apertura real) incrementa la productividad laboral en 0,8%.

Concluimos que beneficios históricamente atribuidos al comercio, en realidad correspondían a los roles de las instituciones y la geografía, y el coeficiente comercial se reduce significativamente cuando se agrega la calidad institucional como una variable explicativa adicional en un análisis de los niveles de vida (PIB per cápita). Además, no encontramos evidencia que implique que los países con las instituciones de menor calidad no se benefician del comercio, aunque el impacto del comercio aumenta cuando se controla a aquellos países con menor calidad institucional. Nuestro robusto análisis plantea preguntas sobre el papel de las instituciones para los países de la OCDE e indica la posibilidad de que estos países estén en un nivel crítico de instituciones requeridas para facilitar una alta productividad del trabajo. Encontramos una fuerte relación entre la calidad institucional y la productividad laboral en toda nuestra muestra, siendo más pronunciada en los últimos períodos. Es posible que surjan problemas de calidad de datos en la década de 1980, y sabemos que existen pocas medidas confiables para las instituciones que tienen más de 10 años.

Los estudios empíricos en esta área deben ocuparse de profundizar en la mejor manera de medir la calidad institucional, dada su amplia cobertura y definición, e intentar identificar de manera más específica aquellos elementos que producen un mayor impacto en el ingreso y la productividad. No obstante, la conclusión de que el comercio es importante para la productividad nacional es un fuerte resultado de nuestros análisis<sup>24</sup>.

De lo expuesto puede inferirse que la calidad institucional y los factores geográficos son elementos importantes a considerar respecto de los beneficios obtenidos en la productividad laboral en una apertura comercial, y que cuando son incluidos, el coeficiente comercial se reduce significativamente al momento de analizar las ganancias de un acuerdo comercial. Esto significa que gran parte de las ganancias de un acuerdo comercial se debe a la calidad institucional y su geografía.

---

24 DOYLE, Eleanor and MARTINEZ-ZARZOSO, Inmaculada. Productivity, Trade, and Institutional Quality. A Panel Analysis. *Southern Economic Journal*, 2011, vol. 77, n° 3, p. 726-752. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/40997282>>

## 7. ACUERDO DE ASOCIACIÓN UNIÓN EUROPEA-MERCOSUR

El 28 de Junio de 2019 se anunciaba el histórico acuerdo de asociación entre la Unión Europea y el MERCOSUR, el cual implica a un mercado que representa a el 25% PBI mundial, 37% de las exportaciones mundiales en bienes y servicios y un 10% de la población mundial.

Según lo indicado por el Banco Interamericano de Desarrollo el Acuerdo

El acuerdo, histórico por su tamaño, amplitud temática y significado político, incluye compromisos sobre comercio, cooperación y diálogo político y crea un mercado de 778 millones de habitantes. En el plano comercial, la UE se compromete a liberalizar el 92% de las importaciones provenientes del MERCOSUR, mientras el bloque sudamericano liberará gradualmente el 91% de las importaciones europeas. Con la entrada en vigor del acuerdo, el MERCOSUR pasará a tener tratados de libre comercio con 23,5% del PBI global (vs. tan solo 1,4% hoy en día). Los plazos acordados para la desgravación contemplan las heterogeneidades estructurales entre ambas regiones, con tiempos sustancialmente más cortos para la liberalización que debe realizar la UE, y una transición más gradual para el MERCOSUR. En 4 años a partir de la entrada en vigor del acuerdo, la UE estará aplicando la mitad del arancel promedio actual mientras que el MERCOSUR reducirá su arancel promedio a la mitad recién en 9 años. Quizás más importante aún es el impacto potencial en términos institucionales. El acuerdo brindará certidumbre legal y mejorará el clima de negocios, aumentando el atractivo de los países miembros del MERCOSUR como destino para la IED. Los compromisos en materia de diálogo político y cooperación también deberían otorgar mayor seguridad y previsibilidad al entorno político regional y a la relación bilateral, repercutiendo favorablemente en la capacidad de atraer IED. A su vez, el acuerdo consolida una mesa de diálogo y negociación permanente, a partir de la cual se podrán monitorear los impactos, potenciando los efectos positivos y amortiguando los negativos. En términos sectoriales, el acuerdo abre oportunidades para mejorar el acceso al cerrado mercado europeo de bienes agrícolas, y podría contribuir a fortalecer las cadenas de valor y aumentar la competitividad de las economías del MERCOSUR. El acuerdo también busca estimular el desarrollo de sectores como servicios basados en conocimiento, donde el MERCOSUR ya es un exportador competitivo. En este contexto, será clave que los países del bloque actúen de manera decidida para implementar políticas que les permitan maximizar las oportunidades del acuerdo y afrontar con éxito los desafíos que éste implica<sup>25</sup>.

---

25 BELISARIO DE AZEVEDO, Jesica De Angelis, MICHALCZEWSKY, Kathia, TOSCANI, Verónica. *Acuerdo de Asociación MERCOSUR- Unión Europea*. Biblioteca Felipe Herrera del Banco Interamericano de Desarrollo, 2019. Disponible en: <<https://publications.iadb.org/>

A modo de síntesis, sus principales puntos según un artículo publicado en el Estudio Jurídico Marval O'Farrell Mairal son<sup>26</sup>:

### **7. 1. Reducciones de tarifas**

El Acuerdo prevé una amplia liberación del comercio de bienes, especialmente industriales y agrícolas. La mayoría de los productos verán sus tarifas eliminadas a través de un período transicional, mientras que otros quedarán sujetos a ciertas tarifas y cuotas.

### **7.2. Acceso general al mercado**

- El MERCOSUR liberará totalmente el 91% de las importaciones provenientes desde la Unión Europea en un período, en la mayoría de los casos, de 10 años. Los productos más sensibles para el MERCOSUR quedarán sujetos a una liberalización lineal más larga de hasta 15 años.
- La Unión Europea liberará el 92% de sus importaciones provenientes del MERCOSUR dentro de un período de transición de hasta 10 años.
- En términos de posiciones arancelarias, el MERCOSUR liberará un 91 % de sus productos mientras la Unión Europea liberará un 95% de sus productos, en sus cuadros tarifarios respectivos.

### **7.3. Acceso al mercado respecto de bienes industriales**

- La Unión Europea eliminará el 100% de sus aranceles sobre bienes industriales a través de un período de transición de hasta 10 años.
- El MERCOSUR eliminará totalmente los aranceles sobre sectores claves como el automovilístico, autopartes, maquinaria, químico y farmacológico. Para cada uno de estos sectores, la liberación será de un 90% de las exportaciones provenientes de la Unión Europea.
- Todos los recortes realizados por el MERCOSUR serán lineales, excepto por los vehículos de pasajeros que serán completamente liberados en 15 años, con un período de gracia de 7 años, que será acompañado por una cuota de transición de 50.000 unidades. Esta cuota transitoria tendrá una tasa interna de la mitad de la tarifa de NMF.
- Las posiciones arancelarias sobre autopartes serán mayormente liberadas dentro de los 10 años posteriores a la firma del Acuerdo.
- Para maquinaria proveniente de la Unión Europea, el 93% de las

---

publications/spanish/document/Acuerdo\_de\_Asociaci%C3%B3n\_MERCOSUR-Uni%C3%B3n\_Europea.pdf>

26 GAYOL, Pablo J.; HELIBRON, Tomas. *Aspectos principales del Acuerdo Comercial UE-MERCOSUR, El acuerdo de principio*, 2019. Disponible en: <<https://www.marval.com/publicacion/aspectos-principales-del-acuerdo-comercial-ue-MERCOSUR-el-acuerdo-de-principio-13386>>

exportaciones se liberará completamente dentro de los 10 años posteriores a la firma del Acuerdo (lo que representa un 67% de las exportaciones al MERCOSUR).

#### **7.4. Acceso al mercado respecto de bienes agrícolas**

- Las tarifas se eliminarán gradualmente en el 93% de las posiciones arancelarias relativas a las exportaciones agroalimentarias de la Unión Europea (95% del valor de exportación de los productos agrícolas de la Unión Europea). Estas posiciones corresponden al 95% del valor de exportación de los productos agrícolas de la Unión Europea.
- La Unión Europea liberará el 82% de las importaciones agrícolas, y las importaciones restantes estarán sujetas a compromisos de liberalización parcial incluyendo cuotas arancelarias para productos más sensibles con una mínima cantidad de productos excluidos.
- El Acuerdo establece cuotas de importación a la Unión Europea para carne de res, pollo, carne de cerdo, azúcar, etanol, arroz, miel y maíz dulce.
- Ambos lados abrirán cuotas tarifarias recíprocas escalonadas en 10 años respecto al queso, leche en polvo y la fórmula infantil.
- Otros productos claves de interés de exportación para la Unión Europea serán liberados por el MERCOSUR como el vino, el aceite de oliva, los licores, la fruta fresca, la malta, el chocolate, entre otros.
- El arancel de importación a la Unión Europea se reducirá a 0% desde la vigencia del acuerdo para la harina de soja, grano de soja, maní, nueces, ciertas frutas, verduras y algunos pescados. El arancel para otros productos se reducirá a 0% en un período de 4 a 10 años, por ejemplo, para ciertos pescados, vegetales, cítricos, biodiésel y confitería.

#### **7.5. Licencias no automáticas**

- Las licencias de importación o exportación no automáticas estarán prohibidas, excepto aquellas necesarias para implementar las medidas establecidas por este Acuerdo (por ejemplo, cuotas arancelarias para productos que no están totalmente liberalizados).

#### **7.6. Reglas de origen**

- Estas incluyen i) los requisitos para los productos originarios incluyendo los productos enteramente obtenidos; ii) la regla de absorción; y iii) el principio de territorialidad.

El Acuerdo conserva la lista tradicional de la Unión Europea de



operaciones insuficientes que no confieren origen. Con respecto a la verificación, las autoridades aduaneras de la parte importadora pueden solicitar cooperación administrativa para obtener información de la parte exportadora. No se permitirán verificaciones directas por parte de las autoridades aduaneras de la parte importadora.

### **7.7. Defensas comerciales**

El Acuerdo incluye una salvaguarda bilateral, que permite a las Partes evitar el daño económico causado por aumentos inesperados o significativos en las importaciones preferenciales resultantes del Acuerdo. Esta cláusula tiene un límite de vigencia de 18 años a partir de la entrada en vigor del Acuerdo y permite la suspensión de preferencias durante un período de hasta dos años, con una posible prórroga por otros dos años.

### **7.8. Obstáculos técnicos al comercio**

El Acuerdo espera eliminar barreras innecesarias y facilitar el comercio, y crear las condiciones marco para mayor convergencia entre las normas y reglamentos técnicos. Para facilitar la convergencia reglamentaria, las partes acordaron una definición cerrada de las organizaciones internacionales que establecen los estándares, con menciones específicas de la Organización Internacional de Normalización (ISO), la Comisión Electrotécnica Internacional (CEI), la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y el Codex Alimentarius.

### **7.9. Contratación pública**

Las entidades comprendidas a nivel central y federal son los ministerios del Gobierno central y otras agencias gubernamentales y federales. En la Argentina, cubrirá la contratación pública por entidades de nivel central, como ministerios, agencias y universidades nacionales.

La Unión Europea y el MERCOSUR acordaron aplicar disciplinas modernas basadas en principios de no discriminación, transparencia e imparcialidad, y las normas detalladas establecidas en la versión revisada del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.

### **7.10. Derechos de propiedad intelectual**

El Acuerdo tiene una amplia conformidad respecto de indicaciones geográficas, reconociendo 355 indicaciones pertenecientes a la Unión Europea y 220 pertenecientes al MERCOSUR.

### **7.11. Solución de controversias**

En primer lugar, el Acuerdo apunta a una resolución amistosa de las disputas. Si esto falla, la parte reclamante puede solicitar el establecimiento de un tribunal de arbitraje compuesto por tres árbitros con conocimiento y experiencia en derecho y comercio internacional. El informe del tribunal

es definitivo, por lo que no puede ser apelado y es vinculante para ambas partes.

Analizando el principio de acuerdo publicado por la Cancillería Argentina, hay una cláusula de especial interés para el presente trabajo es la de integración regional (Artículo X), en el cual en el punto 1 se establece

Si bien se reconocen las diferencias en sus respectivos procesos de integración regional, y sin perjuicio de los compromisos contraídos en virtud del presente Acuerdo, las Partes fomentarán condiciones que faciliten el movimiento de bienes y servicios entre y dentro de las dos regiones<sup>27</sup>.

Esto significa que el MERCOSUR debe implementar procesos que faciliten el movimiento de bienes y servicios entre las dos regiones.

Por otro lado, respecto del alcance de este acuerdo hay publicaciones indican que “para los países del MERCOSUR, abrirse a este mercado representa un paso extraordinario y un desafío especial. Hasta ahora, sólo existían acuerdos con Egipto, Israel y los territorios palestinos. El nuevo tratado da acceso a un gran y novedoso mercado de consumo, a la vez que implica, también, la necesidad de reformas con vistas a una mayor competitividad y al cumplimiento de normas laborales y medioambientales acordadas.

Todavía para el 2015 el 22% de las exportaciones del MERCOSUR iban dirigidas a la UE, alrededor del 16% a China (a principios de la década de 2000 apenas comprendían el 2%, lo que implica un aumento significativo en unos cuantos años) y un 10% a los Estados Unidos (a principios del 2000 se trataba de un 27%). En 2017, China superó a la Unión Europea como el principal socio comercial del MERCOSUR: China ocupa el primer lugar con casi el 22 del 100% del comercio mundial, le sigue la UE con el 20% y los Estados Unidos con el 15%. 60.000 empresas europeas operan en los países del MERCOSUR.

Fundamentalmente el MERCOSUR exporta productos agrícolas y materias primas a los países de la UE, mientras que la UE exporta, a su vez, maquinaria y productos procesados a la zona comercial de América del Sur. Es así como el acuerdo es particularmente interesante para la industria automotriz y la industria química. A primera vista, esto puede parecer una ampliación ventajosa, pero las dificultades que entrañaron las larguísimas negociaciones estuvieron fundadas en cuestiones particulares. Los agricultores europeos temen la competencia en el sector agrario (especialmente en lo concerniente a la carne vacuna), mientras que la industria automotriz del MERCOSUR también está preocupada por la competencia de la UE. Las cuestiones particulares podrían resolverse con cuotas y períodos de transición, pero los

---

27 Cláusula de Integración Regional, Trade part of the EU-MERCOSUR Association Agreement Without Prejudice, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Disponible en: <<https://www.cancilleria.gob.ar/es/acuerdo-MERCOSUR-ue/clausula-de-integracion-regional>>

detalles finales aún penden del aire<sup>28</sup>.

Respecto de los siguientes pasos, el mismo artículo señala

El texto del acuerdo comercial, tradicionalmente la parte más difícil de un Acuerdo de Asociación, se enviará - después de ultimar los detalles finales -, como paso siguiente, al Parlamento de la UE y a los parlamentos de los países del MERCOSUR para su ratificación. La totalidad del Acuerdo de Asociación requiere también la ratificación de todos los parlamentos de los Estados miembros de la UE, un proceso que puede llevar años. Sin embargo, en lo que respecta a la sección comercial, basta con la ratificación por parte del Parlamento de la UE. Por lo tanto, es concebible que la sección comercial pueda entrar en vigor para 2021. Con el acuerdo alcanzado a finales de junio, las partes involucradas enviaron una clara señal de que querían un tratado y preferirían su entrada en vigor lo antes posible.

Dadas las circunstancias que actualmente se atraviesan debido a la pandemia causada por el COVID-19, implique un retraso en los plazos para la entrada en vigor del acuerdo.

Por último, considero importante destacar el informe final del Sustainability Impact Assessment (SIA) publicado por la London School Economics (LSE) en febrero del corriente año. El mismo consiste en un instrumento que utiliza la Unión Europea de acuerdos de gran porte y que en este caso lo realizó la LSE, sirve para tener una evaluación de impacto ex-ante para el análisis de comercio (en el caso sobre el acuerdo de asociación) y que se estudian las repercusiones en materias como economía, medioambiente, social y derechos humanos, entre otros. El mencionado informe, en una de sus conclusiones destaca

Teniendo en cuenta los efectos dinámicos resultantes de la liberalización del comercio, como es el aumento de la competencia y la mayor actividad innovadora, es probable que una liberalización de los servicios comerciales entre la UE y el MERCOSUR genere mayores niveles de actividad económica en ambas regiones. Esto es particularmente cierto para los países del MERCOSUR, que se encuentran en un proceso de recuperación económica y generalmente se benefician de una asignación más eficiente de recursos, como lo reflejan las ganancias estáticas estimadas de la liberalización comercial. Además, se estiman niveles más altos en la producción industrial y en los volúmenes de exportación para los países del MERCOSUR como

---

28 SCHWARZBAUER, Annette; HÜGEL, Johannes. Acuerdo UE-MERCOSUR: desde el Atlántico, un "puente hacia el Sur", 2019. Disponible en: <<https://www.kas.de/documents/285099/285148/Acuerdo+UE-MERCOSUR.pdf/5d0548d1-f094-4e39-b0d9-a259b5c390f3?version=1.0&t=1565703707328>>

resultado de la liberalización de los servicios comerciales. Como los servicios comerciales están cada vez más vinculados a la fabricación, los efectos dinámicos comerciales a largo plazo de la liberalización de los servicios pueden contribuir significativamente a mejorar a la economía en términos generales<sup>29</sup>.

Posteriormente, el mencionado informe estipula

Para los países individuales del MERCOSUR, se espera que los principales beneficios económicos de una liberalización del comercio de los servicios financieros con la UE surjan de los efectos dinámicos a largo plazo, tales como la competencia, la contribución de servicios financieros modernos al cambio estructural de la economía y, finalmente, el crecimiento de la actividad económica general<sup>30</sup>.

Por lo que el acuerdo significa una liberalización de comercio, que, considerando sus efectos dinámicos, implica un cambio en la estructura económica de sus participantes, incrementando la competencia y la innovación. Respecto de los países miembros del MERCOSUR, se considera que esta liberalización generará beneficios debido a una asignación de recursos más eficiente en los servicios comerciales y se estima que ocasionará niveles más altos en la producción industrial y en los volúmenes de exportación de los países, y si paralelamente se considera que se generaría un sistema financiero más moderno y competitivo, se puede inferir que habrá un crecimiento general de la actividad económica.

## **8. CONCLUSIÓN**

Se pudo observar la importancia que tienen los acuerdos comerciales para las partes involucradas, como las ganancias por las economías de escala de un mercado más grande, lo cual la convergencia de estos implica una mayor competencia que se traduce en mayor eficiencia. En el caso en particular, es importante destacar que la ejecución del Acuerdo de Asociación implica per se en gran cantidad de beneficios para ambos bloques, según se pudo apreciar en el informe final del SIA de la LSE sobre el Acuerdo de Asociación entre la UE-MERCOSUR, en el cual se ha mencionado que este acuerdo implicaría mayor competencia e innovación, como así también un aumento de la actividad económica de los países miembros de ambos bloques, donde se señala que para los países integrantes del MERCOSUR significaría una asignación de recursos más eficientes en los servicios empresariales y una estructura más moderna de los servicios financieros. No obstante, también

---

29 LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE. *Sustainability Impact Assessment in Support of the Association Agreement Negotiations between the European Union and MERCOSUR, Final Interim Report*, 2020. Disponible en: <<http://www.euMERCOSURsia.com/>> 30 Ibid. p. 234.

se ha remarcado importancia el sistema en el que se lleva a cabo un acuerdo comercial, y que, al momento de analizar las ganancias de un acuerdo, la calidad institucional es un coeficiente importante. Debido a eso, es necesario resaltar lo que se ha dispuesto respecto de lo que determina el artículo X del principio de acuerdo, donde las partes del acuerdo de asociación se comprometerían a facilitar los procesos para el intercambio de bienes y servicios entre ambos. Considerando todo lo anteriormente expuesto, este acuerdo significaría necesariamente una mejora institucional del MERCOSUR

Por otro lado, en el presente trabajo también se señalaron las deficiencias y limitaciones estructurales que posee actualmente el MERCOSUR, como las mencionadas asimetrías constitucionales en el tratamiento de la jerarquía normativa del MERCOSUR con respecto del derecho interno, su falta de plazo de integración y aplicabilidad inmediata, y carente de autonomía decisoria propia. Sin embargo, lo mencionado es subsanable si se lo transforma en un organismo supranacional, lo que le otorgaría una estabilidad jurídica que actualmente no posee, donde prevalecería el derecho comunitario sobre el derecho interno de los países miembros, otorgándole una aplicabilidad inmediata de la normativa emanada por dicho órgano y con autonomía propia en la toma de decisiones.

Es por lo expuesto, que si bien el Acuerdo de Asociación entre ambos bloques ya implicaría un significativo avance en mejorar la calidad institucional del MERCOSUR, la transformación del MERCOSUR en un organismo supranacional, significaría la generación de un sistema más competitivo que el intergubernamental, lo que permitiría una ejecución aun más eficiente del acuerdo de asociación con la Unión Europea y una mayor captación de ganancias derivadas del mismo y por ende, que logra una mayor generación de beneficios sociales en sus integrantes.

Es este este acuerdo y el cambio propuesto un gran avance para el cumplimiento del mandato acordado en el preámbulo del Tratado de Asunción

Convencidos de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALAN SORIA, Guadalupe. "El Gobierno sube la tensión en el MERCOSUR y plantea una posible ruptura". Diario la Nación. Disponible en: <<https://www.lanacion.com.ar/politica/el-gobierno-sube-tension-MERCOSUR-plantea-posible-nid2358740>>

BARRA, Rodolfo. *Jurisdicción constitucional de los tribunales internacionales*. Disponible en: <<http://rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/jurisdiccion-constitucional-de-los-tribunales-internacionales/>>

BELISARIO DE AZEVEDO, Jesica De Angelis, MICHALCZEWSKY, Kathia, TOSCANI, Verónica. *Acuerdo de Asociación MERCOSUR- Unión Europea*. Biblioteca Felipe Herrera del Banco Interamericano de Desarrollo, 2019. Disponible en: <[https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Acuerdo\\_de\\_Asociaci%C3%B3n\\_MERCOSUR-Uni%C3%B3n\\_Europea.pdf](https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Acuerdo_de_Asociaci%C3%B3n_MERCOSUR-Uni%C3%B3n_Europea.pdf)>

CABROL, Cynthia. “El Parlamento del MERCOSUR: su limitado rol en el marco de una estructura institucional intergubernamental”. *Revista Online Lupa Empresarial*. Disponible en: <<http://www.ceipa.edu.co/lupa/index.php/lupa/article/view/130/256>>

Doyle, Eleanor and Martinez-Zarzoso, Inmaculada. Productivity, Trade, and Institutional Quality. A Panel Analysis. *Southern Economic Journal*, 2011, vol. 77, n° 3, p. 726-752. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/40997282>>

GAYOL, Pablo J.; HELIBRON, Tomas. *Aspectos principales del Acuerdo Comercial UE-MERCOSUR, El acuerdo de principio*, 2019. Disponible en: <<https://www.marval.com/publicacion/aspectos-principales-del-acuerdo-comercial-ue-MERCOSUR-el-acuerdo-de-principio-13386>>

GONZÁLEZ, Flavio Floreal. “Retenciones a la exportación en el MERCOSUR”. *Diario jurídico La Ley*. Disponible en: <<https://vpn.utdt.edu/proxy/2e602ea2/https/informacionlegal.com.ar/>>

HERNÁNDEZ SIAMPIERI, Roberto. *Metodología de la investigación*. 5a ed. México: Mc.Graw Hill, 2010.

LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE. *Sustainability Impact Assessment in Support of the Association Agreement Negotiations between the European Union and MERCOSUR, Final Interim Report*, 2020. Disponible en: <<http://www.euMERCOSURsia.com/>>

MARANIELLO, Patricio Alejandro. “Situación actual del MERCOSUR”. *Diario jurídico La Ley*. Disponible en: <<https://vpn.utdt.edu/proxy/2e602ea2/https/informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley>>

OMAN, Charles. “Globalization and Regionalization: The Concepts”. En *Globalization and Regionalization: The challenge for Developing Countries, Development Centre Studies*, 1994.

SÁNCHEZ, Álvaro Lalanne Guillermo. *Evaluación del impacto de acuerdos comerciales, Metodologías, experiencias internacionales y aplicaciones para el caso uruguayo*. Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/45070-evaluacion-impacto-acuerdos-comerciales-metodologias-experiencias>>

SANGUINETTI, J. L. “MERCOSUR: Las alternativas del diseño institucional definitivo”. en *Integración Latinoamericana*, n° 196. Buenos Aires: BID/INTAL, 1994.

SCHWARZBAUER, Annette; HÜGEL, Johannes. *Acuerdo UE-MERCOSUR: desde*

el Atlántico, un “puente hacia el Sur”, 2019. Disponible en: <<https://www.kas.de/documents/285099/285148/Acuerdo+UE-MERCOSUR.pdf/5d0548d1-f094-4e39-b0d9-a259b5c390f3?version=1.0&t=1565703707328>>

SCOTTI, Luciana B. “La integración regional y el derecho de la integración El caso del MERCOSUR: luces y sombras”. *Diario Jurídico elDial*. Disponible en: <[www.eldial.com](http://www.eldial.com)>

SCOTTI, Luciana. “Balances y perspectivas a 20 años de la constitución del MERCOSUR”. Buenos Aires: EUDEBA, 2013, 386 p.

VIEIRA, Luciane Klein. “La reforma de las constituciones de los Estados partes del MERCOSUR”. *Diario jurídico La Ley*. Disponible em: <<https://vpn.utdt.edu/proxy/44f9178c/https/informacionlegal.com.ar>>



## **Towards a more efficient regional integration: The impacts on MERCOSUR of the Association Agreement with the European Union and a change for a better implementation**

**Abstract:** This paper exposes the most likely impacts that the entry into force of the Association Agreement made with the EU would mean for MERCOSUR. For that purpose, it is first necessary to consider certain characteristics of both regional integration structures. MERCOSUR, as an intergovernmental organization, currently has some structural limitations compared to the European Union, such as hierarchical asymmetries in its regulations between its different member states, an absence of a deadline for its norms integration, and a dependency on the current government members interests, among others. In Light of the MERCOSUR flaws described above, it can be seen possible that the EU-MERCOSUR Association agreement would imply a significant advance in improving the institutional quality of MERCOSUR. However, in this analysis a new alternative will be introduced, one that could capture higher gains on different aspects of this treaty, which consists on the transformation of MERCOSUR into a supranational organization. Accordingly, a comparative analysis will be carried out of the EU structure, with its immediate applicability of its regulations, which has a direct and stronger effect on the national rights of the member states. At the end of this paper, one will able to conclude that although the aforementioned Agreement is a great step towards a more efficient regional integration, transforming MERCOSUR into a supranational organization would achieve a better applicability of it, as well as supplying a large part of the legal inefficiencies which currently has and providing its member states with greater legal stability, which would lead to greater social and economic benefits.

**Keywords:** Cooperation, Efficiency, Integration, MERCOSUR, European Union.

## **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Ramiro García Blanksman* es Abogado por la Universidad Argentina de la Empresa (BS. AS). Magíster en Derecho y Economía por la Universidad Torcuato di Tella (BS.AS). Se desempeñó como asesor legal en la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación Argentina. Asimismo, se ha desempeñado como ayudante de cátedra en Análisis Económico y Financiero del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



## El arbitraje entre bloques de integración en el Acuerdo MERCOSUR - Unión Europea

### A arbitragem entre blocos de integração no Acordo MERCOSUL - União Europeia

Godofredo Agustín Ortiz\* 

**Resumen:** El Acuerdo de Asociación Estratégica para el libre comercio entre el MERCOSUR y la Unión Europea presenta reglas para el intercambio de los negocios jurídicos comerciales entre los Estados que los conforman. Dentro de los numerosos avances que traerá para el comercio multilateral de bienes y servicios se destaca la creación de un sistema de solución de disputas por medio de arbitraje, permitiendo a los mismos procesos de integración dirimir controversias actuando como sujetos de derecho internacional. El Acuerdo es uno de los primeros en crear este nuevo método de solución de controversias en Acuerdos de Libre Comercio entre bloques de integración.

**Resumo:** O Acordo Estratégico de Associação para o Livre Comércio entre o MERCOSUL e a União Europeia apresenta regras para o intercâmbio de negócios jurídicos comerciais entre os estados que os integram. Dentre os muitos avanços que trará ao comércio multilateral de bens e serviços, destaca-se a criação de um sistema de solução de controvérsias por meio da arbitragem, permitindo que os mesmos processos de integração resolvam controvérsias atuando como sujeitos de direito internacional. O Acordo é um dos primeiros a criar essa nova forma de solução de controvérsias em Acordos de Livre Comércio entre blocos de integração.

**Palabras clave:** Arbitraje, Acuerdo de Libre Comercio, Derecho de la integración.

**Palavras-chave:** Arbitragem, Acordo de Livre Comércio, Direito da integração.

---

\* Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina.

E-mail: ga.ortiz@usal.edu.ar

Recibido: 25/05/2020. Aceptado: 18/03/2021.



## 1. INTRODUCCIÓN

Los procesos de integración regional son producto de las constantes y crecientes relaciones económicas multilaterales entre los Estados que conforman la comunidad internacional. Como expresa Pizzolo: “*La integración no es una opción, es una necesidad*”<sup>1</sup> de cooperación e intercambio en un mundo globalizado, sobre todo en materia económica y comercial, o como expone Deluca “*el modelo de mantenimiento de la paz por medio de reglas claras y de equilibrio del comercio internacional*”<sup>2</sup>, en orden al beneficio mutuo de todos los Estados que se integran en un espacio regional común.

Los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) entre bloques de integración regional<sup>3</sup> también son una realidad económica, comercial e internacional. El 28 de junio de 2019, luego de más de 20 años de negociaciones bilaterales, los bloques Unión Europea (UE) y Mercado Común del Sur (MERCOSUR), firmaron en Bruselas el borrador final de un Acuerdo de Asociación Estratégica para el libre comercio<sup>4</sup>. Ambos bloques de integración tienen 800 millones de habitantes y representan 100.000 millones de U\$S de PBI, una cuarta parte del PBI mundial. En principio, el Acuerdo, a partir de la mutua liberalización escalonada de aranceles<sup>5</sup>, posibilitaría el crecimiento económico de algunos sectores de los países del MERCOSUR y reposicionaría a otros de la UE frente al dilema económico internacional actual de *multilateralismo vs. bilateralismo*<sup>6</sup> (casos China-EEUU y Brexit, entre otros).

El Acuerdo entrará en vigencia cuando todos los Parlamentos de los Estados de ambos bloques lo hayan ratificado de acuerdo a sus leyes nacionales de conformidad con la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969<sup>7</sup>. Como todo tratado internacional, requiere de reglas claras para brindar seguridad jurídica en el intercambio de los negocios jurídicos comerciales entre los Estados miembros de ambos procesos de integración. Dentro de los numerosos cambios que traerá para el comercio multilateral de bienes y servicios entre ambos bloques, es destacable la creación de un

1 PIZZOLO, Calogero; MAIO-COLICHE, Aude (Embajadora de la UE en Argentina). “Firma del Acuerdo de Libre Comercio: alcances y perspectivas”. En: *XVII Jornada UE- MERCOSUR*. (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 18 de agosto de 2019).

2 DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR. Su modernización. La teoría de la integración inversa”. *Revista jurídica franco-argentina*. IJ-DCCXL-104. 2019. Disponible en: <<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=fbcd51cf59f6f8e94a5e7ee2314cf409>>

3 Los términos “bloque de integración” y “proceso de integración” serán utilizados como sinónimos.

4 MEROSUR- UNION EUROPEA. Acuerdo de Asociación Estratégica. Firmado en Bruselas, Bélgica, el 28 de junio de 2019. Disponible en: <[http://www.sice.oas.org/tpd/mer\\_eu/Texts/MER\\_EU\\_Index.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/mer_eu/Texts/MER_EU_Index.asp)>

5 MICHALCZEWSKY, K.; DE ANGELIS, J.; DE AZEVEDO, B.; TOSCANI, V.; (2019) *Acuerdo de Asociación MERCOSUR-Unión Europea*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2019, p. 6-7. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.18235/0001769>>

6 ROJO, Martina Lourdes. ¿El beso del Príncipe UE a la bella durmiente MERCOSUR? 2 de julio de 2019. Disponible en: <<https://www.economista.com.ar/2019-07-el-beso-del-principe-ue-a-la-bella-durmiente-MERCOSUR/>>

7 En el léxico jurídico: Acuerdo “*de principio*” o “*en principio*” (en inglés “*Agreement in principle*”).

sistema de solución de controversias por medio del arbitraje, con la opción de recurrir al sistema de la OMC<sup>8</sup>.

El presente artículo tiene por finalidad demostrar que el Acuerdo “transatlántico”, de ser ratificado y aplicado, implementará un nuevo sistema de solución de controversias de índole comercial a nivel internacional, siguiendo la línea iniciada por la UE en otros ALC. Es por ello que, previo a analizar las particulares y novedosas reglas previstas por el Acuerdo, se partirá desde el Arbitraje como método de solución de disputas en general, pasando por los distintos tipos de Arbitraje internacional (según que los casos y las partes sean de derecho internacional público, derecho internacional privado o derecho de la integración), su situación jurídica actual dentro de la UE y del MERCOSUR, y su puesta en práctica por la UE en ALC con bloques de integración del Continente Africano.

## 2. EL ARBITRAJE – NOCIONES PRELIMINARES

Se entiende el arbitraje como “*una técnica para la solución de conflictos que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a acatar la decisión de ese tercero*”<sup>9</sup>. Existen tres teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje:

- La corriente *contractualista* lo considera como un acuerdo de voluntades (convención arbitral) o una cláusula dentro de un contrato (compromiso arbitral), ya que “*el consentimiento de las partes también limita el poder de un árbitro porque un árbitro solo puede decidir cuestiones dentro del alcance del acuerdo de las partes*”<sup>10</sup>.
- La corriente *jurisdiccionalista* lo entiende como un proceso similar al judicial, en el cual el árbitro es como un juez y cuyo laudo gozará de plena autoridad de cosa juzgada. Esta escuela considera que es el Estado quien reconoce el arbitraje por medio de la ley<sup>11</sup>.
- Las teorías *mixtas*, lo consideran como un instituto en el que convergen ambas naturalezas: la contractual, que se advierte en la relación entre las partes y en la relación parte – árbitro; y la jurisdiccional, que surge al “*encomendarse a un tercero la misión jurisdiccional de juzgar y decidir – laudo mediante – una controversia, excluyendo la competencia de los tribunales judiciales*”<sup>12</sup>.

---

8 Organización Mundial del Comercio.

9 MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 593.

10 MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 2.

11 CASTILLO FREYRE, Mario; VAZQUEZ KUNZE, Ricardo. “Arbitraje: naturaleza y definición”. *Derecho PUCP*. 2006, Vol 59. p 280-281.

12 MUGUILLO, Roberto A. “Contrato de Arbitraje”. En: BORDA, Alejandro (Ed). *Derecho Civil, Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2017. p. 931.

El arbitraje es ampliamente reconocido como uno de los métodos alternativos de resolución de conflictos, ya que las partes prorrogan la competencia ordinaria del juez en un árbitro nombrado por ellos (Arbitraje *ad hoc*) o en una institución a la que someten la resolución del litigio (Arbitraje *institucional*). Si estos elementos se encuentran dentro de un mismo Estado, el Arbitraje será *doméstico* o *nacional*, y si se hallaren en diversos Estados, *internacional*.

### 3. TIPOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Se suele clasificar al arbitraje internacional en diversos tipos, según quienes sean los actores que intervengan en un litigio internacional, es decir, el elemento diferenciador estará definido por los sujetos parte en los mismos.

En primer lugar, se encuentran los conflictos entre Estados, típicos del derecho internacional público (DIP), como por ejemplo en materia de soberanía nacional, fronteras, recursos naturales, etc. En este caso el arbitraje podrá ser *ad-hoc* o *institucional* (Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, CPA).

Luego se encuentran los conflictos entre personas privadas que se hallen en distintos Estados, siendo objeto de estudio de las normas de derecho internacional privado (DIPr). Este puede ser *ad-hoc* cuando uno o varios árbitros son nombrados para resolver la disputa (por ejemplo, de acuerdo a las reglas Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL por sus siglas en inglés). También puede ser *institucional* como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI). Todos estos casos se denominan *arbitraje comercial internacional*, al resolverse conflictos típicos del comercio internacional de mercaderías y servicios.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y de otros Estados (Washington, 1966) creó el CIADI<sup>13</sup> en el ámbito del Banco Mundial, punto de partida de los TBI<sup>14</sup>, que son objeto de estudio del derecho económico internacional (DEI)<sup>15</sup>.

Por otra parte, en cuanto al derecho de la integración (DI), como el MERCOSUR, conforme será analizado *ut infra*, existen sistemas de solución de controversias por medio de arbitraje entre los Estados que conforman un mismo bloque de integración.

Por último, en el ámbito de la OMC, el proceso de solución de diferencias consta de diversas etapas reguladas por el “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias” de la

---

13 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

14 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), que contemplan la solución de diferencias en materia de inversiones extranjeras directas por medio del arbitraje internacional de inversiones.

15 CARREAU, Dominique y JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2017. p. 24.

OMC (Marrakech, 1994) en el marco del GATT<sup>16</sup>. A grandes rasgos, un Estado, representando los intereses de una empresa connacional, podrá iniciar una demanda contra otro luego de haber fracasado las consultas bilaterales de buena fe. El proceso conduce hacia la adopción de un informe de un Grupo Especial integrado por tres expertos en la materia de que se trate, el cual es enviado al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), quien lo adopta. Este informe definitivo se puede apelar ante el Órgano de Apelación (OA)<sup>17</sup>. En la Tabla 1 se presenta un esquema de los tipos de arbitraje internacional arriba analizados.

Tabla 1: Clasificación del “arbitraje internacional”

Clasificación del arbitraje internacional			
Ámbitos material y personal		Clases	Denominación
DIP	Estado vs. Estado	Ad hoc o institucional (CPA)	Internacional “clásico”
DIPr	Privado extranjero vs Privado extranjero	Ad hoc (UNCITRAL) o institucional (CCI)	Comercial internacional
DEI	Estado vs inversor extranjero	Ad hoc o institucional (CIADI)	Internacional de inversiones
DI	Estado parte del MERCOSUR vs Estado parte del MERCOSUR	Ad hoc (TAH) e institucional (TPR)	Solución de disputas en los procesos de integración
OMC	Estado vs. Estado	Institucional (OSD – OA)	Solución de disputas en el ámbito de la OMC
ALC	Bloque vs. Bloque	Ad-hoc	Un nuevo tipo

Fuente: elaboración propia

#### 4. SITUACION JURIDICA DEL ARBITRAJE EN EL MERCOSUR Y LA UE

Como sostiene Fernández Arroyo: *“la promoción del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias ha sido objeto, con diferentes alcances y modalidades, de políticas específicas en el MERCOSUR, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)”*<sup>18</sup>.

16 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

17 OMC. *Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC*. Ginebra: OMC/ Cambridge University Press, 2017. Disponible en: <[https://www.wto.org/spanish/res\\_s/publications\\_s/dispuhandbook17\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/dispuhandbook17_s.htm)>

18 FERNANDEZ ARROYO, Diego P. “La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación”. En “Arbitraje Comercial Internacional. OEA. Foreign Affairs, Trade and Development Canada Affaires étrangères, Commerce et

El arbitraje como método de solución de disputas en el MERCOSUR está previsto: en el Protocolo de Olivos (18/02/02), desde el Sistema de Solución de Controversias propio del proceso de integración; el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (decisión N°03/98 del Consejo Mercado Común); el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de Las Leñas (27/6/92)<sup>19</sup>; y el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (05/08/94)<sup>20</sup>.

En primer lugar, los Estados partes del MERCOSUR cuentan con un sistema que busca dirimir controversias que surjan sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de los tratados y normas del MERCOSUR<sup>21</sup>. El sistema comienza con una instancia de negociaciones políticas directas entre los Estados parte, seguidamente de la habilitación para acudir al Tribunal Arbitral Ad Hoc (TAH), cuyo laudo puede ser revisado por el Tribunal Permanente de Revisión (TPR)<sup>22</sup>. El TPR también está facultado para emitir opiniones consultivas por parte de los órganos del MERCOSUR y los Tribunales Nacionales Superiores que sean los superiores en cada Estado parte<sup>23</sup>. Esta facultad que posee el TPR no es una característica de un sistema arbitral, sino que se parece mucho a un sistema judicial supranacional, como el del recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). Por lo tanto, se puede llegar a la conclusión de que es *“como parte de un híbrido”*<sup>24</sup>, por la característica de intergubernamentalidad del proceso de integración, siendo *“pura y exclusivamente de tinte arbitral; aunque como se dijo con ciertos matices diferenciales”*<sup>25</sup>.

El arbitraje como método de solución de controversias privadas transnacionales también está contemplado en el Acuerdo sobre Arbitraje

---

Développement Canada Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros” P. 345-380.

19 UZAL, María Elsa. “Situación del arbitraje comercial internacional en Argentina”. En *IV Encuentro de Alto Nivel sobre el Rol de la Judicatura en el Arbitraje Comercial Internacional*, 23 al 24 de octubre de 2014, St. Lucia. Washington D.C.: OEA. Disponible en: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje\\_comercial\\_talleres\\_seminarios\\_actividades\\_St\\_Lucia\\_2014\\_presentaciones\\_UZAL.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_talleres_seminarios_actividades_St_Lucia_2014_presentaciones_UZAL.pdf)>

20 MERCOSUR, Decisión CMC/DEC N° 11/93. Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR. Firmado en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de agosto de 1994.

21 Protocolo de Olivos, art. 1. Las normas a las que se refiere son: Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto, Decisiones del Consejo Mercado Común, Resoluciones del Grupo Mercado Común y Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR

22 SOTO, Alfredo M. y FLOREAL GONZÁLEZ, Flavio. *Manual de Derecho de la Integración*. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2017, p. 310-313. Tiene su sede en Asunción del Paraguay.

23 MERCOSUR, Decisión CMC/DEC. N° 02/07. *Reglamento del procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR*. Firmado en Rio de Janeiro, República Federativa del Brasil, el 18 de enero de 2007.

24 DELUCA, Santiago. “Naturaleza jurídica del sistema de controversias del MERCOSUR”. En MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (Ed.). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR*. Buenos Aires: Eudeba, 2011. p. 7

25 Ídem.

Comercial Internacional, el cual tiene como objetivo “regular el arbitraje como medio alternativo privado de solución de controversias, surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado”<sup>26</sup>. Regula tanto el arbitraje institucional como el ad-hoc. Este Acuerdo tuvo como bases: la Ley Modelo de la UNCITRAL (los Estados la utilizan como método de unificación al sancionar legislación interna de acorde a ella<sup>27</sup>); la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado “CIDIP I”, Panamá, 1975); la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979); y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Estas cuatro ya habían sido firmadas por los Estados parte del MERCOSUR<sup>28</sup>.

Sobre el arbitraje comercial internacional es importante destacar que la República Argentina sancionó en 2018 la Ley de Arbitraje Comercial Internacional N° 27.449, adoptando de este modo la Ley Modelo UNCITRAL<sup>29</sup>. El artículo 1° establece el ámbito de aplicación de la ley, determinando que: “La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, y lo regirá en forma exclusiva, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República Argentina”. Al respecto, cabe hacer dos aclaraciones:

- El carácter exclusivo de la ley significa, como sostiene Rivera<sup>30</sup>, la exclusión de la aplicación de los Códigos Civil y Comercial y Procesal Civil y Comercial argentinos, los cuales legislan sobre el arbitraje “doméstico”;
- Para Boggiano, la referencia a los tratados internacionales quiere decir que “Quedan a salvo los tratados sobre la materia vigentes en la República Argentina que, conviene recordarlo, tienen jerarquía superior a la presente ley (art. 75, inc. 22, CN)”<sup>31</sup> y Uzal afirma que la ley argentina, de este modo, reconoce la preeminencia de los tratados internacionales en materia arbitral, y entre ellos se

---

26 MERCOSUR, Decisión CMC/DEC. N° 03/98. *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR*. Firmado en Buenos Aires, República Argentina, el 23 de julio de 1998. Art. 1

27 FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (Ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 214.

28 DIAZ, Soledad; ROTHSCCHILD, Julie; RUANOVA, Mariela; (2007) *El Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR*. Revista de Derecho. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2007. Año VI, N°11. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Diaz-Rothschild-Ruanova-El-Acuerdo-de-Arbitraje-Comercial-Internacional-del-MERCOSUR.pdf>

29 RIVERA, Julio César. “La ley de Arbitraje Comercial Internacional”. Thomson Reuters La Ley, 03/09/2018. Cita Online: AR/DOC/1664/2018, p. 1.

30 Ídem, p. 5.

31 BOGGIANO, Antonio. “Observaciones preliminares a la ley argentina de arbitraje comercial internacional 27.449. El Derecho (UCA) – Diario – Tomo 279. 21/08/2018. Cita: IJ-DCCLXXVII-430.

encuentran todos los que se analizan en el presente capítulo<sup>32</sup>.

Por último, los laudos arbitrales pronunciados en la jurisdicción de un Estado parte del MERCOSUR pueden ser reconocidos y/o ejecutados en los otros, conforme al Protocolo de Las Leñas, que regula la cooperación judicial internacional de primer y tercer grado: (exhortos internacionales y reconocimiento/ejecución de sentencias y laudos arbitrales)<sup>33</sup>.

En materia de inversiones, desde fines de la década de los '80 y principios de los '90, todos los Estados parte del MERCOSUR (salvo Brasil) han liberalizado su comercio promoviendo la inversión extranjera directa (inversiones extra-MERCOSUR) por medio de la adhesión de la Convención de Washington y celebraron TBI<sup>34</sup>. En 1993, los Estados partes firmaron el Protocolo de Colonia, el cual regula las inversiones intra-MERCOSUR, estableciendo que se en caso de existir una controversia, se la resolverá de acuerdo al sistema del Protocolo de Brasilia de 1991<sup>35</sup>. En 2017 los Estados partes del MERCOSUR celebraron el Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-MERCOSUR, el cual deroga al Protocolo de Colonia e *“introduce en el MERCOSUR la idea de la cooperación y facilitación de inversiones como alternativa a la clásica promoción y protección de inversiones en el sentido de los TBI o el propio Protocolo de Colonia que replicaba este modelo”*<sup>36</sup>.

Es de destacar que, en la actualidad, Argentina ya ha celebrado TBI con 20 de los 28 Estados miembros de la UE (27, restando al Reino Unido por el Brexit). Por su parte Paraguay y Uruguay hicieron otro tanto con 13 y 15 de los Estados de la UE, respectivamente<sup>37</sup>.

En cuanto al Derecho de la UE, se ha sostenido su incompatibilidad con el arbitraje internacional, precisamente porque el Reglamento “Bruselas I Bis”<sup>38</sup>, en su art. 1.2 excluye explícitamente al arbitraje de su ámbito de aplicación material. El origen de esta exclusión se debió a que los redactores del Convenio de Bruselas de 1968<sup>39</sup> optaron por no legislar en esta materia en razón de la existencia de numerosos tratados internacionales y de normas de

---

32 UZAL, María Elsa. “La internacionalidad, la arbitrabilidad y el derecho aplicable en la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional”. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Thomson Reuters La Ley, 01/11/2019, 619. Cita Online: AR/DOC/34902018. p. 2

33 SOTO, Alfredo, Op. cit. p. 387-389.

34 BAS VILIZZIO, Magdalena. “Acuerdo MERCOSUR-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias intorsor-Estado”. Docs. de Trabajo de la Fundación Carolina, de España, vol. 21/2019, p. 4-5. Disponible en: <[https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT\\_FC\\_21.pdf](https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf)>

35 El cual fue reemplazado por el PO en 2002

36 BAS VILIZZIO, Magdalena. “El MERCOSUR ante el arbitraje de inversiones: evolución y perspectivas”. Boletín del Observatorio de Comercio Internacional, Universidad Nacional de Luján, marzo 2019, p. 103-104.

37 BAS VILIZZIO, Magdalena. Op. cit. p. 22.

38 UNION EUROPEA. *Reglamento N° 1215/2012 de relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*. Firmado en Bruselas, Bélgica, el 12 de diciembre de 2012.

39 Se trata del antecedente y origen del Reglamento “Bruselas I Bis”.



los Estados miembros<sup>40</sup>. Las consecuencias de estas tensiones fueron:

- el desarrollo, por parte del TJUE de una noción amplia del orden público europeo cuya función es velar por el principio de la primacía y del efecto directo del Derecho europeo, que choca con la exigencia que la UE hace a los Estados de adoptar medidas “*contra los inversores extranjeros que puedan constituir infracciones de los tratados bilaterales de inversión*”<sup>41</sup>;
- la imposibilidad para los tribunales arbitrales de pronunciarse sobre la validez del Derecho de la UE, lo cual fue confirmado en numerosos fallos del TJUE<sup>42,43</sup>, sobre todo el rechazo de los arbitrajes de inversiones intra-UE. Se destaca el fallo “*Achmea*”<sup>44</sup> de 2018, en el cual el TJUE estableció que el tribunal arbitral previsto por el TBI Países Bajos-Checoslovaquia no era competente ni para interpretar el Derecho de la UE ni para iniciar una cuestión pre-judicial obligatoria ante el referido Tribunal<sup>45</sup>. Como corolario, el 5 de mayo de 2020, 23 de los Estados miembros de la UE firmaron un acuerdo para la terminación de los TBI intra-UE, implementando tal jurisprudencia<sup>46</sup>.

Con respecto a las inversiones extra-UE, en marzo de 2019 la UE publicó un Reglamento que establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas “*por parte de los Estados miembros, por motivos de seguridad o de orden público*” (Art. 1).

En cuanto al sistema de solución de controversias del propio proceso de integración, contrariamente al caso del MERCOSUR, se puede afirmar que es netamente judicial, debido al carácter supranacional del Derecho

---

40 COLBRANT, Mathilde. «L'exclusion de l'arbitrage du domaine matériel du Règlement Bruxelles I bis». Promotor: Denis Philippe. Tesis de la Maestría en Derecho. 2015-2016 Université Catholique de Louvain. Disponible en: <[https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis:7714/datastream/PDF\\_01/view](https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis:7714/datastream/PDF_01/view)>

41 Table ronde : L'arbitrage internationale et le droit de l'Union Européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? Cahiers de droit de l'entreprise n°5., Paris: Sciences Po., 2013. Disponible en: <<https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/dpfa-cde-2013-5-arb-et-ue-copy.pdf>>

42 BING, Anne-Cécile, *Arbitrage et droit de l'Union européenne : perspectives*, Paris : Institut des Hautes Etudes Internationales, Université Paris II Panthéon-Assas, 2015, p. 7-10. (Rapport de recherche). Disponible en: <<http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2015/07/Rapport-de-recherche-CEJI-2014-2015-Anne-C%C3%A9cile-BING.pdf>>

43 MENÉTREY, Séverine. «Quelle place pour l'arbitrage a sein du marché européen de la justice?». *Revue internationale de droit économique*. 2015, 4 t XXIX. p. 439-450. Disponible en: <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2015-4-page-441.htm#>>

44 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. *Caso Slowakische Republik contra Achmea BV*. Sentencia de 6 de marzo de 2018.

45 BAZ VILIZZIO, Magdalena. Op. cit. p. 14.

46 CENTRO IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE (CIAR Global). “23 Estados de la UE firman el fin de los tratados bilaterales de inversión intraeuropeos”. 6 de mayo de 2020. Disponible en: <<https://ciarglobal.com/23-estados-de-la-ue-firman-el-fin-de-los-tratados-bilaterales-de-inversion-intraeuropeos/>>

de la UE. La conformación del Tribunal de Justicia de la UE es el producto de la atribución de competencias estatales (en este caso la judicial) en una institución jerárquicamente superior y común a todos los Estados miembros<sup>47</sup>.

## 5. EL ARBITRAJE EN LOS ALC DEL MERCOSUR Y LA UE CON OTROS BLOQUES

Ambos bloques han desarrollado negociaciones económicas y comerciales con otros procesos de integración que concluyeron en ALC, los cuales incluyen mecanismos de solución de controversias por medio del arbitraje. En 2004, el MERCOSUR suscribió un acuerdo de comercio preferencial con la Unión Aduanera de África del Sur (SADC) que contempla un Mecanismo de Solución de Controversias por medio de un Comité Conjunto de Administración<sup>48</sup>. Asimismo, suscribió entendimientos con la Unión Económica Euroasiática (UEE) en 2018 y con la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) en 2019, siguiendo, este último, los pasos del Acuerdo MERCOSUR-UE. Sin embargo, ninguno de ellos ha concluido todavía en el nivel del alcanzado con la UE contemplando el arbitraje entre bloques.

Por su parte, previo a la firma del Acuerdo de principio con el MERCOSUR, desde 2008 la UE ha suscripto diversos acuerdos “interbloques” que contemplan un sistema de solución de controversias basado en arbitraje, conforme se indica en la Tabla 2.

Tabla 2: Principales acuerdos de la UE con otros bloques de integración

<b>Acuerdos de la UE con otros bloques</b>	
<b>Acuerdo con</b>	<b>Sistema de solución de controversias</b>
CARIFORUM 30/10/2008	Acuerdo de Asociación Económica con los Estados del Caribe y Rep. Dominicana. Adopta el arbitraje, pero no lo incluye entre bloques dado que lo firmaron individualmente.
África Central 28/2/2009	Acuerdo de Asociación Económica. Sólo fue firmado por Camerún, en vistas a la consolidación del proceso de integración con países en África Central. Adopta el arbitraje.
Estados del Pacífico 16/10/2009	Acuerdo de Asociación Interino. Sólo fue firmado por Fiyi, Samoa y Papúa Nueva Guinea. Adopta el arbitraje, pero no lo incluye entre bloques dado que lo firmaron individualmente.

47 SOTO, Alfredo, Op. cit. p. 97.

48 MERCOSUR-SACU. *Acuerdo de Comercio Preferencial*. Firmado en Belo Horizonte, Brasil, el 16 de diciembre de 2004. Disponible en: <[http://www.sice.oas.org/Trade/MRSRSACU/Text\\_2008\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/Trade/MRSRSACU/Text_2008_s.pdf)>

---

América Central 15/12/2012	Acuerdo de Asociación firmado con los Estados de América Central (los mismos que conforman el SICA, pero no lo firmaron como bloque de integración). No prevé arbitraje sino un panel.
África Occidental 30/06/2014	Acuerdo de Asociación Económica firmado con la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS). Prevé el arbitraje entre bloques de integración.
África Oriental 16/10/2014	Acuerdo de Asociación Económica. Firmado por Kenia y Ruanda, sólo ratificado por Ruanda. Faltan firmarlo y ratificarlo cuatro Estados africanos. Prevé el arbitraje, no entre bloques.
Estados de la SADC 16/9/2016	Acuerdo de Asociación Económica firmado por los Estados de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC). En caso de disputas, contempla el arbitraje entre bloques de integración.

---

Fuente: Elaboración propia

## 6. EL SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO MERCOSUR-UE

Entrando al Acuerdo en cuestión, las normas sobre solución de disputas fueron incorporadas al final del Acuerdo, concretamente en el Título 30 del mismo (“T-30”) y sus respectivos Anexos sobre Reglas del Procedimiento Arbitral (Anexo I), el Código de Conducta para los Miembros de los Paneles Arbitrales y Mediadores (Anexo II) y sobre Mediación (Anexo III). Como afirma Arredondo: *“el acuerdo birregional representa un claro indicio de que MERCOSUR y la UE están a favor de un sistema comercial basado en normas (...)”*<sup>49</sup>.

Resultan destacables las cláusulas del Acuerdo respecto a la legitimación y ámbito de aplicación material. En efecto, en el mismo se enumeran varios tipos de sujetos que podrán ser parte en controversias que versaren sobre la interpretación y aplicación del Título 10 del Tratado concerniente al Comercio de Mercaderías<sup>50</sup>, dentro de los cuales se encuentran los mismos bloques<sup>51</sup>. Podrán ser parte y demandar: la UE contra una medida del MERCOSUR que afecte a la UE o a uno o más de sus Estados miembros; la UE contra una medida de uno o varios Estados parte del MERCOSUR, cuando la medida sea solo de ese Estado parte; el MERCOSUR contra la UE cuando la medida es de la UE que afecta al MERCOSUR o a todos sus Estados partes; y uno o más Estados parte del MERCOSUR contra la UE.

Ello implica la posibilidad de que los mismos bloques de integración

---

49 ARREDONDO, Ricardo. *New MERCOSUR - EU Agreement*. 15 de julio de 2019. Disponible en: <<http://opiniojuris.org/2019/07/15/new-MERCOSUR-eu-agreement/>>

50 Art. 3, T-30.

51 Art. 2, T-30.

sean actores y demandados, como consecuencia de su personería jurídica internacional. La UE<sup>52</sup> y el MERCOSUR<sup>53</sup> son verdaderos sujetos de derecho internacional<sup>54</sup> y el Acuerdo concede legitimación activa y pasiva a bloques de integración para actuar en procedimientos arbitrales. Es de notar que no solo el bloque MERCOSUR poseerá legitimación para iniciar procedimiento arbitral contra la UE, sino también sus Estados partes (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Contrariamente, esto no ocurre con los Estados miembros de la UE. Ello se debe al carácter intergubernamental del MERCOSUR: es un proceso de integración cuyos Estados partes no han delegado sus competencias estatales, como sí es el caso de la UE.

Esta particular legitimación tiene como antecedentes dos Acuerdos de Asociación Económica que la UE firmó con bloques del Continente Africano (analizados en el gráfico 2). El primero fue con la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (2014), el cual prevé un mecanismo de solución de diferencias entre los mismos bloques de integración por medio de arbitraje. Lo mismo fue regulado en el Acuerdo de Asociación Económica con los Estados de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC) en 2016<sup>55</sup>.

De este modo, quedarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación material del sistema, los litigios transfronterizos que se susciten como consecuencia de las relaciones comerciales internacionales en aplicación del Título 10 del Acuerdo (aranceles aduaneros, medidas anti dumping, defensa de la competencia, denominaciones de origen, propiedad intelectual, medidas sanitarias y fitosanitarias, medidas de protección ambiental, etc.).

En cuanto a sus principios comunes, establece como finalidad en materia de resolución de controversias el establecimiento de un mecanismo efectivo y eficiente para evitar y resolver las disputas entre las partes *“con el fin de llegar, en la medida de lo posible, a una solución de la controversia mutuamente satisfactoria”*<sup>56</sup>. En materia de plazos<sup>57</sup>, todos los periodos serán contados en días calendario desde el día siguiente al acto o hecho al que las partes se refieran. Las partes por mutuo acuerdo también podrán extender los plazos.

Con respecto a las costas, el Acuerdo dispone que cada parte afrontará los gastos que se hayan derivado de su participación en el procedimiento

---

52 UNION EUROPEA. *Tratado de Lisboa: Tratado de la Unión Europea*. Firmado en Lisboa, Portugal, el 13 de diciembre de 2007. Art. 47.

53 MERCOSUR, *Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR – Protocolo de Ouro Preto*. Firmado en Ouro Preto, República Federativa del Brasil, el 17 de diciembre de 1994. Art 34.

54 DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR. Su modernización. La teoría de la integración inversa”. Op. cit.

55 La UE viene celebrando Acuerdos bi-regionales con otros bloques de integración desde 2008, conforme fue analizado en el gráfico 2.

56 Art. 1, T-30.

57 Art. 22, T-30.

de mediación o arbitraje, y que compartirán de manera conjunta e igual los honorarios de los árbitros y del mediador<sup>58</sup>. La remuneración de los árbitros incluye todas las remuneraciones que éstos deben a sus asistentes<sup>59</sup>. La incorporación del Código de Conducta es otra novedad en comparación con otros Acuerdos de Libre Comercio<sup>60</sup>.

Conforme fue adelantado, una cuestión a destacar es la inclusión de una Cláusula de elección de foro<sup>61</sup> ante el sistema de solución de disputas de la OMC como accesoria al propio sistema del tratado de libre comercio. En el supuesto en que la parte actora decida optar por tal sistema, se aplicaría el sistema de la OMC.

El Capítulo 2 del T-30 y el Anexo III se refieren exclusivamente a la “Prevención de Controversias”: sistema previo de consultas<sup>62</sup> y Mediación. En primer lugar, establece que las partes deberán esforzarse por la resolución de cualquier disputa por medio de consultas de buena fe entre ellas en vistas a llegar a una solución de mutuo acuerdo. El procedimiento sería por escrito, indicando cuál es la medida que se cuestiona, dentro de los 15 días del requerimiento, y dentro de los 30 días de la recepción, la parte requerida debe expresarse. Durante tal plazo, las partes deben ponerse de acuerdo en un idioma común, el cual también será utilizado si se continúa hacia la etapa arbitral<sup>63</sup>. En los casos de urgencia, como por ejemplo en si se tratare de bienes perecederos, el plazo para que la requerida se exprese se reduciría a 15 días. Si se concluyeren las consultas sin mutuo acuerdo, o no se celebrasen en los plazos establecidos, la parte requirente puede solicitar la formación del panel arbitral de conformidad con el art. 6 del T-30.

La etapa de Mediación sólo podrá ser iniciada por mutuo acuerdo entre las partes, pudiendo cualquier parte solicitarle a otra la opción por este procedimiento<sup>64</sup>. El art. 1 del Anexo III establece como fin que las partes puedan encontrar solución por mutuo acuerdo “*mediante un procedimiento amplio y rápido con la asistencia de un mediador*”.

Se dará inicio al procedimiento de arbitraje en los siguientes supuestos<sup>65</sup>: cuando se frustró el sistema solución por medio de consultas; o cuando el requirente considera que el requerido no cumplió con la solución acordada entre ellos y solicita la constitución del panel arbitral mediando solicitud previa escrita a la requerida y de manera simultánea al Comité de Comercio. En todo caso, el Estado o bloque de integración deberá identificar

---

58 Art. 24, T-30.

59 Anexo I.

60 GHIOTTO, Luciana y ECHAIDE, Javier. *Analysis of the agreement between the European Union and the MERCOSUR*. Berlin: Bündnis 90 / Die Grünen (Grupo parlamentario europeo “Los Verdes”), 2020, p. 113. (Estudio). Disponible en: <<https://www.annacavazzini.eu/wp-content/uploads/2020/01/Study-on-the-EU-MERCOSUR-agreement-09.01.2020-1.pdf>>

61 Art. 21, T-30.

62 Art. 4, T-30.

63 Anexo I, Inc. 58.

64 Art. 5, T-30.

65 Art. 6, T-30.

la medida de la otra parte que cree que ha infringido normas del Título 10 del sobre el Comercio de Mercaderías. El procedimiento consistirá en las siguientes etapas:

### **a) Constitución del Panel Arbitral**

Las condiciones exigidas para ser designado como árbitros son<sup>66</sup>: poseer conocimientos especializados o experiencia en derecho y comercio internacional; ser independientes, prestar servicios a título individual y no recibir instrucciones de ninguna organización o gobierno, ni estar afiliados a un gobierno de una Parte signataria del Acuerdo; cumplir con el Código de conducta (Anexo II); y ser nombrados de entre una lista de 32 personas, elaborada por el Comité de Comercio dentro del plazo de 6 meses de entrada en vigencia del Acuerdo. La lista constará de 3 sublistas: 12 árbitros propuestos por la UE, 12 por el MERCOSUR, y 8 por ambas partes para ser elegidos como Presidente del panel arbitral que no sean nacionales de ninguno de los Estados de ambos bloques de integración.

El panel arbitral estará compuesto por tres árbitros, uno de los cuales será el Presidente y quien no podrá ser un nacional de cualquiera de los Estados de ambos bloques de integración. Se regula de manera pormenorizada el proceso de designación de los árbitros, buscando que las partes estén de acuerdo con la constitución del panel, corriéndole vista al Comité de Comercio<sup>67</sup>.

### **b) Audiencias**

Las audiencias se celebrarán *“abiertas al público, a menos que las partes en la controversia decidan lo contrario”*, es decir, excepto que las partes hayan calificado determinada información como confidencial, y en tal supuesto, la audiencia podrá cerrarse total o parcialmente al público<sup>68</sup>. Sin embargo, se dispone la confidencialidad total para las deliberaciones del panel en vistas a la emisión del laudo<sup>69</sup>.

La parte demandada deberá hacerse cargo de la administración logística de las audiencias, salvo acuerdo en contrario. Seguidamente, el presidente fijará por escrito, la fecha y la hora de la audiencia, previa consulta a las partes y a los demás árbitros. Salvo oposición de una de las partes, el panel podrá decidir no convocar una audiencia<sup>70</sup>. A menos que se haya pactado en contrario, si la parte demandada es la UE, la audiencia se celebrará en Bruselas (Bélgica); si es el MERCOSUR, en Asunción (Paraguay); y si es uno o más Estados parte del MERCOSUR, en el lugar indicado por dichos Estados<sup>71</sup>.

El Acuerdo regula también una especie de “prueba pericial”, bajo

---

66 Art. 7, T-30.

67 Art. 8, T-30.

68 Art. 9, T-30.

69 Art. 23, T-30.

70 Anexo I, inc. 33.

71 Anexo I, inc. 34.

el título “Información y asesoramiento técnico”<sup>72</sup>. Los árbitros pueden obtener información de cualquier fuente que pueda ser relevante o solicitar opiniones no vinculantes de expertos, quienes deberán contar con prestigio profesional, experiencia en la ciencia de que se trate y presentar el informe en el plazo que se les indiquen. El panel consultará a las partes previamente antes de su nombramiento. El Anexo II inc. 1 define a “experto” como “una persona con conocimiento y experiencia especializados y reconocidos en el campo en cuestión que es solicitada por un panel de arbitraje o mediador, o cuya opinión es presentada o solicitada por cualquiera de las partes.”

También es interesante destacar que las partes pueden presentar al panel “informes *amicus curiae*”, que deberán ser concisos y no superar más que 22.500 palabras, corresponder al “*thema decidendum*”, identificar a la persona física o jurídica que la haya brindado y ser presentados en el idioma elegido por las partes<sup>73</sup>.

### **c) Laudo arbitral**

El Art. 11 dispone que el panel deberá emitir un laudo arbitral de acuerdo con las reglas habituales de interpretación del DIP. También se establece que, si al resolver una cuestión que es idéntica a una tratada bajo el Acuerdo de la OMC, el panel de arbitraje tomará en consideración toda interpretación relevante del OSD de la OMC.

Antes del laudo arbitral final, los árbitros entregarán un informe provisional a las partes en un plazo de 90 días desde la constitución del panel. En los casos de urgencia (bienes perecederos), el panel tratará en lo posible de entregar tal informe dentro de los 45 días desde tal fecha. Luego comienza un plazo de 14 días en el que las partes podrán revisar el informe previsual. Finalmente, el panel de arbitraje emitirá su informe final que constituye el laudo arbitral a las partes dentro de los 120 días desde al establecimiento del panel<sup>74</sup>.

El art. 12.6 establece que ante todo los árbitros deberán decidir por consenso, y si no fuera posible por mayorías, siempre velando por la confidencialidad del procedimiento. Por su parte el art. 12.8 dispone que “El laudo arbitral es vinculante para las partes a partir de la fecha de su emisión y no puede ser objeto de apelación. También existe la posibilidad de retirar el reclamo antes del dictado del laudo<sup>75</sup> y llegar a una solución por acuerdo de partes. El laudo arbitral es pasible de un recurso de aclaratoria, dentro de los 10 días posteriores a la notificación del laudo arbitral<sup>76</sup>.”

En cuanto al cumplimiento del laudo, no se fijaron plazos, sino que serán fijados por los árbitros para cada caso<sup>77</sup>. Sin embargo, la parte demandada

---

72 Art. 10, T-30.

73 Anexo I, inc. 55.

74 Art. 12, T-30.

75 Art. 13, T-30.

76 Art. 14, T-30.

77 GHIOTTO, Luciana y ECHAIDE, Javier. Op. Cit.

debe tomar cualquier medida para cumplir el laudo prontamente y de buena fe, y de lo contrario, puede notificar al Comité de Comercio y a la actora del tiempo que le requerirá tal cumplimiento, que no podrá exceder los 30 días del laudo<sup>78</sup>. En todo caso, si es imposible el cumplimiento de laudo en tal plazo razonable, la parte demandada podrá ofrecer una compensación temporal<sup>79</sup>.

En el Acuerdo no se contemplan reglas en materia de inversiones extranjeras<sup>80, 81</sup>, por lo cual el sistema de solución de controversias no se podrá aplicar a las relaciones inversor-Estado<sup>82</sup>. Este será un tema a resolver, ya que uno de sus objetivos es la promoción de las inversiones al eliminar obstáculos discriminatorios innecesarios y proporcionar nuevas oportunidades de inversión. Como sostiene Bas Vilizzio, una posible solución a esta cuestión es que se regule por medio de TBI bilaterales (ya vigentes, o nuevos) entre los Estados partes del MERCOSUR y los Estados miembros de la UE<sup>83</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN

El Acuerdo facilitará las relaciones económicas multilaterales en base a reglas claras, sobre todo en materia de solución de eventuales disputas de índole comercial. Brindará a los Estados y a los procesos de integración un sistema *sui generis* para resolver las disputas que versaren sobre la materia del ALC. Se afirma que es *sui generis* porque no es el arbitraje internacional clásico del DIP. Por un lado, la materia objeto del litigio no es la propia de tales disputas (fronteras, recursos naturales nacionales, conflictos, etc.), sino que es propio del comercio internacional de mercaderías y servicios. Por otra parte, porque en el litigio pueden ser parte los propios bloques de integración en tanto actores del comercio internacional, algo novedoso, como fue desarrollado *ut supra*. Tampoco es *arbitraje comercial internacional* porque, aunque la materia objeto de la controversia sea propia del comercio internacional, es decir, del DIPr, los sujetos que pueden intervenir son personas de derecho público (Estados y bloques de integración), no de derecho privado (empresas o sociedades comerciales). Con respecto a los Estados, conforme fue analizado *ut supra*, es destacable que solamente los Estados partes del MERCOSUR tendrán legitimación para ser parte en el procedimiento arbitral, y no los Estados miembros de la UE. Esta exclusión en el ámbito de aplicación personal se fundamenta en el carácter supranacional del derecho de la UE. Finalmente, tampoco es *arbitraje internacional de inversiones* ya que no presenta reglas en materia de relación inversor-Estado

---

78 Arts. 15-16, T-30

79 Art. 18, T-30.

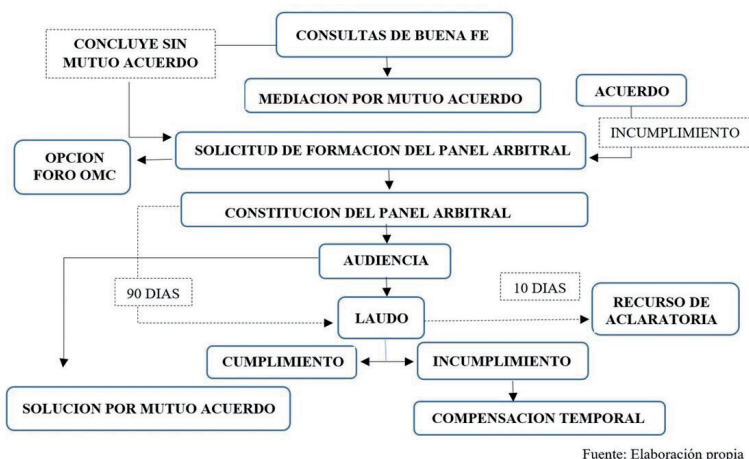
80 Resumen de las negociaciones bilaterales, p. 9, del 1 de julio de 2019. Disponible en: <[http://www.sice.oas.org/tpd/mer\\_eu/Texts/Agt\\_in\\_Principle\\_e.pdf](http://www.sice.oas.org/tpd/mer_eu/Texts/Agt_in_Principle_e.pdf)>

81 BAS VILIZZIO, Magdalena. Op. cit.

82 COLETO, Isabela. *The New EU-MERCOSUR Free Trade Agreement: Where does investment dispute settlement stand?*. Disponible en: <http://diplomatic-world.com/?p=3853>

83 BAS VILIZZIO, Magdalena. Op. cit. p. 22.





Fuente: Elaboración propia

Figura 1: Procedimiento Arbitral en el Acuerdo MERCOSUR-UE.

(Figura 1). Esto ciertamente será un asunto a revisar, ya que uno de los fines del ALC es la promoción de las inversiones.

El Acuerdo UE-MERCOSUR, siguiendo la línea iniciada en 2014 con los Acuerdos con bloques subregionales de África, presenta la posibilidad de regular la solución internacional de disputas entre los mismos bloques, actuando como sujetos de derecho internacional, ya que:

- los procesos de integración son personas jurídicas (públicas) internacionales;
- como toda persona jurídica, tienen legitimación para ser parte en un litigio, y en estos casos, la tienen para resolver controversias que versaren sobre la materia de los ALC; y
- en consecuencia, estaríamos frente a un nuevo tipo de mecanismo de solución de disputas de índole comercial a escala internacional.
- El Acuerdo, al ser uno de los primeros ALC entre bloques de integración de semejante magnitud en términos del comercio multilateral de mercaderías y servicios, constituirá un modelo en materia de solución de controversias para futuros Acuerdos *entre* y *con* otros bloques de integración (Comunidad Andina, CARICOM, SICA, ASEAN, etc.).

Finalmente, con la implementación del sistema, se concluye que se pondrá en práctica un nuevo tipo de arbitraje, y será necesario esperar a que entre en vigencia para poder evaluar la efectividad de su uso y sus resultados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias intorsor-Estado”. *Documentos de Trabajo de la Fundación Carolina, de España*, vol. 21/2019, p. 4-5. Disponible en: <[https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT\\_FC\\_21.pdf](https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf)>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “El Mercosur ante el arbitraje de inversiones: evolución y perspectivas”. *Boletín del Observatorio de Comercio Internacional, Universidad Nacional de Luján*, marzo 2019, p. 103-104.

BING, Anne-Cécile, *Arbitrage et droit de l'Union européenne : perspectives*, Paris: Institut des Hautes Etudes Internationales, Université Paris II Panthéon-Assas, 2015 (Rapport de recherche). Disponible en : <<http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2015/07/Rapport-de-recherche-CEJI-2014-2015-Anne-C%C3%A9cile-BING.pdf>>

BOGGIANO, Antonio. “Observaciones preliminares a la ley argentina de arbitraje comercial internacional 27.449. El Derecho (UCA) – Diario – Tomo 279. 21/08/2018. Cita: IJ-DCCLXXVII-430.

CARREAU, Dominique y JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 6a edición. Paris: Dalloz, 2017.

CASTILLO FREYRE, Mario; VAZQUEZ KUNZE, Ricardo. “Arbitraje: naturaleza y definición”. *Derecho PUCP*. 2006, vol 59. p 280-281.

CENTRO IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE (CIAR Global). “23 Estados de la UE firman el fin de los tratados bilaterales de inversión intraeuropeos”. 6 de mayo de 2020. Disponible: <<https://ciarglobal.com/23-estados-de-la-ue-firman-el-fin-de-los-tratados-bilaterales-de-inversion-intraeuropeos/>>

COLBRANT, Mathilde. «L'exclusion de l'arbitrage du domaine matériel du Règlement Bruxelles I bis». Promotor: Denis Philippe. Tesis de la Maestría en Derecho. 2015-2016 Université Catholique de Louvain. Disponible en: <[https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis:7714/datastream/PDF\\_01/view](https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis:7714/datastream/PDF_01/view)>

COLETO, Isabela. *The New EU-MERCOSUR Free Trade Agreement: Where does investment dispute settlement stand?* Disponible en: <<http://diplomatic-world.com/?p=3853>>

DELUCA, Santiago. “El MERCOSUR. Su modernización. La teoría de la integración inversa”. *Revista jurídica franco-argentina*. IJ-DCCXL-104. 2019. Disponible en: <<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=fbcd51cf59f6f8e94a5e7ee2314cf409>>

DELUCA, Santiago. “Naturaleza jurídica del sistema de controversias del MERCOSUR”. En MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (Ed.). *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el*

MERCOSUR. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

DIAZ, Soledad; ROTHSCCHILD, Julie; RUANOVA, Mariela; (2007) *El Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR*. Revista de Derecho. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2007. Año VI, Nº11. Disponible en: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wpcontent/uploads/2012/12/Diaz-Rothschild-Ruanova-El-Acuerdo-de-Arbitraje-ComercialInternacional-delMERCOSUR.pdf>>

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (Ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavalia, 2003.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. “La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación”. En “Arbitraje Comercial Internacional. OEA. Foreign Affairs, Trade and Development Canada Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”.

GHIOTTO, Luciana y ECHAIDE, Javier. *Analysis of the agreement between the European Union and the MERCOSUR*. Berlin: Bündnis 90 / Die Grünen (Grupo parlamentario europeo “Los Verdes”), 2020. (Estudio). Disponible en: <<https://www.annacavazzini.eu/wp-content/uploads/2020/01/Study-on-the-EU-Mercosur-agreement-09.01.2020-1.pdf>>

MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

MENÉTREY, Séverine. «Quelle place pour l’arbitrage a sein du marché européen de la justice?». *Revue internationale de droit économique*. 2015, 4 t XXIX. P. 439-450. Disponible en: <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2015-4-page-441.htm#>>

MERCOSUR, *Decisión CMC/DEC Nº 11/93. Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR*. Firmado en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de agosto de 1994.

MERCOSUR, *Decisión CMC/DEC. Nº02/07. Reglamento del procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR*. Firmado en Rio de Janeiro, República Federativa del Brasil, el 18 de enero de 2007.

MERCOSUR, *Decisión CMC/DEC. Nº03/98. Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR*. Firmado en Buenos Aires, República Argentina, el 23 de julio de 1998.

MERCOSUR, *Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur – Protocolo de Ouro Preto*. Firmado en Ouro Preto, República Federativa del Brasil, el 17 de diciembre de 1994.

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.

MERCOSUR-SADC. *Acuerdo de Comercio Preferencial*. Firmado en Belo Horizonte, República Federativa del Brasil, el 16 de diciembre de 2004. Disponible en: <[http://www.sice.oas.org/Trade/MRSRSACU/Text\\_2008\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/Trade/MRSRSACU/Text_2008_s.pdf)>

MEROSUR - UNION EUROPEA. *Acuerdo de Asociación Estratégica*. Firmado en Bruselas, Bélgica, el 28 de junio de 2019. Disponible en: <[http://www.sice.oas.org/tpd/mer\\_eu/Texts/MER\\_EU\\_Index.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/mer_eu/Texts/MER_EU_Index.asp)>

MICHALCZEWSKY, K.; DE ANGELIS, J.; DE AZEVEDO, B.; TOSCANI, V.; (2019) *Acuerdo de Asociación Mercosur-Unión Europea*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2019. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.18235/0001769>>

MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2008.

MUGUILLO, Roberto A. "Contrato de Arbitraje". En: BORDA, Alejandro (Ed). *Derecho Civil, Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2017. p. 927-938

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, firmada en New York el 10 de junio de 1958.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC*. Ginebra: OMC/Cambridge University Press, 2017. Disponible en: <[https://www.wto.org/spanish/res\\_s/publications\\_s/dispuhandbook17\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/dispuhandbook17_s.htm)>

PIZZOLO, Calogero; MAIO-COLICHE, Aude (Embajadora de la UE en Argentina). "Firma del Acuerdo de Libre Comercio: alcances y perspectivas". En: *XVII Jornada UE- MERCOSUR*. (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 18 de agosto de 2019).

RIVERA, Julio César. "La ley de Arbitraje Comercial Internacional". Thomson Reuters La Ley, 03/09/2018. Cita Online: AR/DOC/1664/2018

ROJO, Martina Lourdes. *¿El beso del Príncipe UE a la bella durmiente MERCOSUR?* 2 de julio de 2019. Disponible en: <<https://www.economista.com.ar/2019-07-el-beso-del-principe-ue-a-la-bella-durmiente-mercosur/>>

SOTO, Alfredo M. y FLOREAL GONZÁLEZ, Flavio. *Manual de Derecho de la Integración*. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2017.

*Table ronde: L'arbitrage internationale et le droit de l'Union Européenne: un dialogue constructif ou une collision inévitable?* Cahiers de droit de l'entreprise n°5., Paris: Sciences Po., 2013. Disponible en: <<https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/dpfa-cde-2013-5-arb-et-ue-copy.pdf>>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. *Caso Slowakische Republik contra Achmea BV*. Sentencia de 6 de marzo de 2018.

UNION EUROPEA. *Reglamento Nº 1215/2012 de relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*. Firmado en Bruselas, Bélgica, el 12 de diciembre de 2012.

UNION EUROPEA. *Tratado de Lisboa: Tratado de la Unión Europea*. Firmado en Lisboa, Portugal, el 13 de diciembre de 2007.

UZAL, María Elsa. “La internacionalidad, la arbitrabilidad y el derecho aplicable en la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional”. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Thomson Reuters La Ley, 01/11/2019, 619. Cita Online: AR/DOC/34902018.

UZAL, María Elsa. “Situación del arbitraje comercial internacional en Argentina”. En *IV Encuentro de Alto Nivel sobre el Rol de la Judicatura en el Arbitraje Comercial Internacional*, 23 al 24 de octubre de 2014, St. Lucia. Washington D.C.: OEA. Disponible en: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje\\_comercial\\_talleres\\_seminarios\\_actividades\\_St\\_Lucia\\_2014\\_presentaciones\\_UZAL.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_talleres_seminarios_actividades_St_Lucia_2014_presentaciones_UZAL.pdf)>



## **Arbitration between trade blocs in the MERCOSUR - EUROPEAN UNION Agreement**

**Abstract:** The Strategic Partnership Agreement for Free Trade between MERCOSUR and the European Union sets out rules for the exchange of commercial legal transactions between the member States. Among the many advances that it will bring for multilateral trade in goods and services, the creation of a system of dispute settlement through arbitration stands out, allowing the trade blocs themselves to settle disputes by acting as subjects of international law. The Agreement is one of the first to create this new method of dispute settlement in Free Trade Agreements between trade blocs.

**Keywords:** Arbitration, Free trade agreement, Integration law.

### **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Godofredo Agustín Ortiz* es Abogado por la Universidad del Salvador (USAL). Master 1 en Droit des Affaires (Derecho Comercial) y Licence en Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Investigador, Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas de la USAL. Miembro de la Société de législation comparée (París). Integra el Estudio Alegria, Buey Fernández, Fissore & Montemerlo de Buenos Aires.

# A contribuição das normas comunitárias para a circulação de divórcios internacionais no MERCOSÚL: um estudo comparado entre o MERCOSUL e a União Europeia

## La contribución de las normas comunitarias para la circulación de divorcios internacionales en el MERCOSUR: un estudio comparado entre el MERCOSUR y la Unión Europea

Marcos Vinicius Torres\* 

**Resumo:** Este trabalho trata do divórcio, como instituto que organiza o estatuto familiar decorrente da dissolução do casamento, com foco nos efeitos transnacionais dentro de blocos de integração regional, onde garante-se a liberdade de circulação. O artigo analisa a regulamentação do divórcio, por meio de normas típicas de direito internacional privado e recurso a mecanismos de cooperação jurídica internacional, nos dois principais blocos de integração regional hoje existentes, o MERCOSUL e a União Europeia. Divide-se o estudo em três aspectos principais do divórcio no plano transnacional: jurisdição competente, lei aplicável e reconhecimento e execução de decisões estrangeiras. Uma análise comparativa entre o regime jurídico do divórcio nas normas comunitárias dos dois blocos é feita, de modo a indicar como as normas mercosulinas podem se beneficiar da experiência europeia.

**Resumen:** Este trabajo habla del divorcio, como instituto que organiza el estatuto familiar resultante de la disolución del matrimonio; con foco en los efectos transnacionales en los bloques de integración regional que garantizan la libertad de circulación. El artículo analiza la reglamentación, por medio de normas típicas de derecho internacional privado y recurso a mecanismos de cooperación jurídica internacional, del divorcio en los dos principales

---

\* Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Faculdade de Direito, Brasil.  
E-mail: coordenacaonpjfnd@gmail.com  
Recibido: 01/06/2020. Aceptado: 26/04/2021.



bloques de integración regional hoy existentes, el MERCOSUR y en la Unión Europea. Se divide el estudio en tres aspectos principales del divorcio en el plan transnacional: jurisdicción competente, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Se procede a un análisis comparativa entre el régimen jurídico del divorcio en las normas comunitarias de los dos bloques, de modo a indicar cómo las normas mercosureñas pueden beneficiarse de la experiencia europea.

**Palavras-chave:** Divórcio, MERCOSUL, União Europeia, Liberdade de circulação, Estatuto familiar.

**Palabras clave:** Divorcio, MERCOSUR, Unión Europea, Libertad de circulación, Estatuto familiar.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar como o divórcio, enquanto instituído destinado à dissolução do matrimônio, que corresponde à mais prestigiada e difundida forma de organização da vida familiar<sup>1</sup>, é disciplinado no âmbito comunitário do MERCOSUL. Como blocos de integração regional, que consagram a liberdade de circulação de pessoas, e, conseqüentemente, de circulação de famílias e do estatuto familiar dos cidadãos *intra* bloco<sup>2</sup>, tanto o MERCOSUL como a União Europeia consagram normas próprias sobre a matéria. Ao compartilharem parcelas de suas soberanias, para a constituição e funcionamento do bloco jurídico-econômico, os Estados-Membros do MERCOSUL e da União Europeia estabelecem normas de direito internacional privado (doravante denominado DIPRI), que delimitam os efeitos legais do divórcio entre os Estados que aderem a estas normas comunitárias. A técnica é recorrer aos mecanismos de cooperação jurídica internacional para estabelecer normas sobre jurisdição, lei aplicável e reconhecimento e execução em matéria de divórcio dentro destes blocos regionais.

Apesar de conhecido, desde a Antiguidade<sup>3</sup>, o divórcio foi considerado por longo tempo, como proibido ou restrito, em vários sistemas legais, por pressão religiosa, somada à preocupação de manutenção da sociedade patriarcal fundada no casamento, preferencialmente indissolúvel e destinado à procriação, como forma de consagração da família legítima. A partir do Século XIX, e, sobretudo, no Século XX, com a liberação dos costumes

---

1 Vide a respeito da evolução do casamento, e, os diferentes efeitos pessoais e patrimoniais gerados pelo casamento, que se refletem como efeitos do divórcio: RALSER, Élise. *La célébration du mariage en Droit International privé*. [Tese de doutorado]. Orientador: Jacques FOYER. Université Panthéon-Assas. Paris. 2 vol. 433p. 1998.

2 Vide WELLER, Marc-Philippe. «Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie». *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPrax)*. 2014, vol 3, nº 34.

3 Vide a respeito do divórcio na Grécia e Roma Antigas: COULANGES, Fustel de. *La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ª ed. Paris: Hachette, 1888.

após a II Guerra Mundial, o divórcio ganha força e se torna uma instituição cosmopolita<sup>4</sup>, passando a ser conhecido em praticamente todo o mundo, e, recebendo maior atenção do DIPRI.

Paralelamente ao regime jurídico do divórcio no âmbito comunitário tanto do MERCOSUL como da União Europeia, no ordenamento comum dirigido a todo o bloco; cada Estado-Membro guarda a prerrogativa de disciplinar o divórcio com normas próprias, em seu direito interno, para casos não-comunitários; levando inevitavelmente ao estudo deste instituto no direito comparado, eterno aliado do DIPRI. Em sede de qualificação, o divórcio é essencialmente um instituto dirigido à dissolução do vínculo matrimonial<sup>5</sup>. Matéria bastante rica por envolver não somente o efeito principal da dissolução do casamento em si, mas também diversos efeitos acessórios que repercutem sobre as relações pessoais e patrimoniais entre os (ex)cônjuges, tais como a partilha de bens, a guarda de filhos menores ou maiores vulneráveis, a concessão de alimentos a filhos menores ou maiores vulneráveis, ou ainda a um dos ex-cônjuges, e, até mesmo a alteração de nome de ex-cônjuge, em razão do rompimento da união. A variação na extensão destes direitos no âmbito interno dos Estados-Membros dentro de um mesmo bloco, como o MERCOSUL e a União Europeia, forma um mosaico de diferentes figuras do divórcio dentro de cada bloco<sup>6</sup>. Sem embargo, o direito comunitário relativo a divórcio em cada um destes blocos leva em conta características essenciais do instituto, que sugerem seu caráter universal dentro da cultura jurídica; apesar de haver um desafio à universalidade do instituto, com a abertura do casamento a pessoas do mesmo sexo. Uma variação de posicionamento a ser modulada pelo conhecido filtro da ordem pública em DIPRI, para a circulação do divórcio de casais do mesmo sexo dentro do próprio bloco.

Com o objetivo de guiar a aplicação e circulação do divórcio (e de outros pontos da vida familiar), tanto o MERCOSUL como a União Europeia

---

4 Vide a respeito da evolução do divórcio no Ocidente: PHILIPS, Roderick. *A short story of divorce*. Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

5 Cabe observar, em direito comparado, que em alguns países, o divórcio vem sendo usado para a dissolução de parcerias registradas, que são por natureza, uma forma de organização familiar distinta do casamento, usualmente com direitos mais restritos que isto. Em países como a Dinamarca, as parcerias registradas foram usualmente criadas, em substituição ao casamento, para permitir que casais de pessoas do mesmo sexo pudessem obter uma forma de reconhecimento legal. Como recentemente, abriu-se o casamento aos casais homoafetivos, nestes países, as parcerias registradas perderam sua razão de existir, tornando-se obsoletas, porque vistas como inferiores ao casamento e discriminatórias, uma vez que todos os casais passavam a ter a mesma oportunidade de casar-se. Um dos efeitos desta modificação foi a assimilação das parcerias registradas que já haviam sido registradas, antes da legislação de casamento homoafetivo, como equivalentes ao casamento. Razão pela qual o divórcio passou então a ser utilizado para a dissolução das parcerias registradas, que haviam sido celebradas antes de dita adoção uniforme do casamento como instituição de organização da vida familiar para todos os casais.

6 Vide a respeito da riqueza do divórcio no direito comparado: FERRAND, Frédérique. FULCHIRON, Hugues (Ed.). *La rupture du mariage en droit comparé*. Coll. Droit Comparé et Européen. Vol. 19. Paris, Société de Législation Comparée, 2015.



consagraram normas do bloco a este fim. No contexto da União Europeia, o elevado grau de integração promovida entre os Estados-Membros conduziu a um sofisticado processo de elaboração de arcabouço destinado a disciplinar o direito processual internacional *intra* bloco, e, particularmente, diferentes aspectos da vida familiar. Neste contexto, destacam-se alguns regulamentos, como os que analisaremos adiante, especificamente destinados a regular matérias de direito das famílias em nível comunitário<sup>7</sup>. Embora muito menos sofisticado, o MERCOSUL adotou, pela Decisão N° 58/2012, uma norma visando disciplinar os direitos de família no bloco: o Acordo entre os Estados Partes do MERCOSUL e Associados sobre Jurisdição Internacionalmente Competente, Lei Aplicável e Cooperação Jurídica Internacional em Matéria de Matrimônio, Relações Pessoais entre os Cônjuges, Regime Matrimonial de Bens, Divórcio, Separação Conjugal e União Não-Matrimonial.

Deste modo, o presente artigo visa analisar, comparativamente, a regulamentação do divórcio no MERCOSUL e na União Europeia, em três questões principais, em matéria de divórcio, a saber: 1) a jurisdição; 2) a lei aplicável; 3) o reconhecimento e a execução de decisões.

## **2. FORO COMPETENTE PARA O DIVÓRCIO**

Ao estabelecer critérios para a determinação da jurisdição em matéria de divórcio, o legislador comunitário tenta basear-se em critérios razoáveis, comumente também utilizados pelo direito interno dos Estados. Frequentemente, tenta alicerçar a competência dos tribunais no princípio da efetividade e no princípio da proteção, em que se considera, respectivamente, a viabilidade de cumprimento da decisão e a proteção da parte presumidamente vulnerável da relação jurídica. Excepcionalmente, por sua relevância e especificidade, algumas matérias, que correspondem a efeitos acessórios do divórcio, requerem um tratamento específico, com um foro específico para sua análise, tais como algumas questões patrimoniais e medidas cautelares.

### **2.1. Foro competente para o divórcio no Direito Comunitário Europeu**

No âmbito da União Europeia, apesar de um objeto ambicioso, englobando as questões matrimoniais e aquelas relativas à responsabilidade parental dos filhos comuns, o Regulamento (UE) n° 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental<sup>8</sup> justifica o seu

---

<sup>7</sup> Vide a respeito da regulamentação do direito sucessório e das famílias no âmbito da União Europeia: BIDAUD-GARON. Christine. FULCHIRON, Hugues. *Vers un statut européen de la famille*. Paris, Dalloz, 2014.

<sup>8</sup> O Regulamento foi precedido pela Convenção de Bruxelas de 1968, que foi substituída pelo Regulamento n. 1347/2000 de 29 de maio de 2000, JOCE L 160/19, que entrou em vigor em 01/03/2001. O dito Regulamento «Bruxelas II» deu lugar ao dito Regulamento (UE) 2201/2003.

objeto pelo fato de que as questões de responsabilidade parental são frequentemente examinadas, por ocasião dos conflitos matrimoniais. Para as questões matrimoniais, o Regulamento delimita sua aplicação às questões de divórcio, de separação de corpos e de anulação de casamento, com exceção das questões patrimoniais – tais como os regimes matrimoniais e as sucessões - e de obrigações alimentares<sup>9</sup>. No âmbito da competência jurisdicional em matéria matrimonial, o Regulamento lista critérios de competência alternativos, não hierarquizados e centrados na residência habitual ou na nacionalidade comum dos esposos – também assimilada como a noção de domicílio do *Common Law*<sup>10</sup>. Ademais, o foro da concessão da separação de corpos prorroga sua competência para sua conversão em divórcio<sup>11</sup>. Como tais critérios têm um caráter exclusivo, o Regulamento prevalece sobre o direito nacional dos Estados-Membros, salvo para medidas provisórias e de conservação, em caso de urgência, que são regidas pelo direito nacional do Estado-Membro em que se situem as pessoas ou bens objeto destas medidas<sup>12</sup>.

Uma consequência da imperatividade dos critérios do Regulamento (UE) n° 2201/2003 é a obrigação de o julgador verificar sua competência, de maneira a declarar-se incompetente, caso sua competência não seja fundada, e, se o caso implicar a jurisdição de outro Estado-Membro<sup>13</sup>. Como os casos de conflitos positivos de jurisdição não são escassos em matéria matrimonial, não é raro que cada esposo tente submeter o litígio no foro de sua preferência, conduzindo assim a casos de litispendência internacional. No esteio da orientação pragmática de alguns textos convencionais, seguindo a tradição da Convenção de Bruxelas de 1968, da Convenção de Lugano de 1988 (substituída pela convenção homônima de 2007) e do seu antecessor Regulamento (UE) n° 1347/2000; o Regulamento (UE) n° 2201/2003 prevê a admissão da litispendência internacional. O juiz acionado em segundo lugar, ao verificar a propositura anterior da demanda perante um tribunal de outro Estado-Membro, deve suspender de ofício o processo, no aguardo de que a competência da jurisdição primeiramente acionada seja confirmada. Neste caso, a jurisdição acionada em segundo momento deve se reconhecer incompetente em favor da outra jurisdição, consagrando a prioridade de instância, mas a parte que era o autor na jurisdição que se desencumbe pode então levar seu caso perante a jurisdição acionada em primeiro lugar<sup>14</sup>. Faz-se mister ressaltar que o conceito de litispendência do Regulamento é consideravelmente expandido de modo a aplicar este procedimento acima, mesmo se as duas ações não possuem exatamente o mesmo objeto nas duas

---

9 Vide a respeito: NÍ SHÚILLEABHÁIN, Máire. *Cross-border divorce law: Brussels II bis*. Oxford, Oxford University Press, 2010.

10 Vide artigo 3 do Regulamento (CE) n° 2201/2003.

11 Vide artigo 5 do Regulamento (CE) n° 2201/2003.

12 Vide artigo 20 do Regulamento (CE) n° 2201/2003.

13 Vide artigo 7 do Regulamento (CE) n° 2201/2003.

14 Vide artigo 19 do Regulamento (CE) n° 2201/2003.

jurisdições acionadas: por exemplo, uma ação de divórcio e uma demanda de separação (de corpos). Com isto, o Regulamento rompe a rígida tríade processual da litispendência: mesmo objeto, mesma causa de pedir e mesmas partes, em favor da conexão de ações em matéria matrimonial<sup>15</sup>. Como a admissão da litispendência internacional supõe o reconhecimento da prioridade de instância no tempo, face aos possíveis conceitos diferentes do acionamento da jurisdição nos Estados-Membros, o Regulamento estabelece uma definição comum do que caracteriza o juiz primeiramente acionado no campo de sua aplicação<sup>16</sup>.

Ciente de que o divórcio abarca uma variedade de efeitos além do efeito principal da dissolução do vínculo matrimonial, o legislador europeu também previu hipóteses de competência relativas a efeitos que são acessórios ao divórcio, apesar de possuírem autonomia. Cabe remarcar que o Regulamento (UE) nº 1103/2016, ciente do corriqueiro exame da matéria patrimonial matrimonial, por ocasião do divórcio, ao tratar da partilha de bens do casal; remete aos critérios já previstos para matéria de divórcio no Regulamento (UE) nº 2201/2003<sup>17</sup>. Por respeito à especificidade e autonomia de cada assunto em DIPRI, o citado Regulamento sobre regime matrimonial também remete as questões patrimoniais sucessórias ao Regulamento (UE) 650/2012, o Regulamento Sucessões<sup>18</sup>.

Ainda sobre o Regulamento (UE) nº 1103/2016, além de aderir aos critérios usualmente adotados para a determinação do foro para o divórcio, por nítida *vis attractiva* do divórcio sobre a questão do efeito acessório, envolvendo o regime matrimonial inserido na partilha de bens do casal; este também oferece aos cônjuges critério próprio para o foro envolvendo regime matrimonial, caso o efeito da partilha de bens seja tratado autonomamente. É possível a escolha do foro correspondente à lei aplicável ao regime matrimonial, que decorre da escolha dos cônjuges ou das previsões do Regulamento, supletivas na falta do exercício da autonomia da vontade<sup>19</sup>.

Em matéria de alimentos, o Regulamento (CE) n. 4/2009 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares prevê a jurisdição da residência habitual do credor ou do devedor das obrigações alimentares; ou ainda a jurisdição que seria competente, segundo a lei do foro para ação sobre o estado de pessoas ou sobre a responsabilidade parental, se a obrigação alimentar lhe for acessória, como no caso de efeito acessório de divórcio<sup>20</sup>. No tocante à autonomia da vontade, as partes têm a possibilidade de escolher a jurisdição de um Estado-Membro do qual uma das partes tenha a nacionalidade ou a residência habitual, para alimentos em geral;

---

15 Vide artigo 19.1 do Regulamento (CE) nº 2201/2003.

16 Vide artigo 16 do Regulamento (CE) nº 2201/2003.

17 Vide artigo 4 do Regulamento (UE) nº 1103/2016.

18 Vide artigo 5 do Regulamento (UE) nº 1103/2016.

19 Vide artigo 7 do Regulamento (UE) nº 1103/2016.

20 Vide artigo 3 do Regulamento (CE) nº 4/2009.

ou, para obrigações alimentares entre (ex)cônjuges, a jurisdição que seria competente para contendas matrimoniais ou aquela de um Estado-Membro, onde os cônjuges tenham tido sua última residência habitual, por pelo menos um ano<sup>21</sup>. E a competência atribuída por uma convenção é, em princípio, exclusiva; confirmando assim a importância dada ao *forum voluntatis*.

Por fim, ainda em sede de efeito eventualmente acessório a divórcio, faz-se mister registrar que o Regulamento (UE) n° 2201/2003 prevê a prorrogação do foro do divórcio, para dispor sobre a responsabilidade parental de filho do casal, na hipótese de exame de questões de guarda ou direito de visita, por ocasião do pleito de divórcio<sup>22</sup>.

## **2.2. Foro competente para o divórcio no direito comunitário do MERCOSUL**

No âmbito do MERCOSUL, por sua vez, a competência para matéria de divórcio é atribuída ao domicílio conjugal, entendido como o domicílio comum dos cônjuges durante a união<sup>23</sup>, e, subsidiariamente, em sua falta, à escolha do autor, ao último domicílio conjugal, caso um dos cônjuges aí se encontre, ou ainda, ao domicílio do autor ou aquele do réu<sup>24</sup>. Sobre a preferência do domicílio como critério escolhido, cabe observar que há tradição no DIPRI da região em recorrer ao domicílio como elemento de conexão para a lei aplicável e como critério para determinação de foro em matérias relativas ao estatuto pessoal.

Mesmo diante do avanço da cooperação internacional no DIPRI, os Estados ainda avocam para si, em nome da soberania, o monopólio sobre determinadas questões patrimoniais, como direitos reais e matéria sucessória. Principalmente, quando tais direitos envolvem bens imóveis, onde o princípio da territorialidade parece se anunciar com mais intensidade em matéria patrimonial. Por esta razão, mesmo em textos convencionais, é comum verificar-se o caráter exclusivo da competência em matéria de direitos reais, sobretudo para imóveis. Razão pela qual, na esfera do MERCOSUL, entretanto, ao dispor sobre competência jurisdicional em matéria de divórcio, o Acordo ressalva o *forum rei sitae*, para questões de direitos reais versando os bens matrimoniais<sup>25</sup>.

---

21 Vide artigo 4 do Regulamento (CE) n° 4/2009.

22 Vide artigo 12 do Regulamento (UE) n° 2201/2003.

23 Vide artigo 2 do Acordo entre os Estados Partes do MERCOSUL e Associados sobre jurisdição internacionalmente competente, lei aplicável e cooperação jurídica internacional em matéria de matrimônio, relações pessoais entre os cônjuges, regime matrimonial de bens, divórcio, separação conjugal e união não-matrimonial.

24 Vide artigo 3 do Acordo entre os Estados Partes do MERCOSUL e Associados sobre jurisdição internacionalmente competente, lei aplicável e cooperação jurídica internacional em matéria de matrimônio, relações pessoais entre os cônjuges, regime matrimonial de bens, divórcio, separação conjugal e união não-matrimonial.

25 Vide o mesmo artigo 3, in fine do Acordo entre os Estados Partes do MERCOSUL e Associados sobre jurisdição internacionalmente competente, lei aplicável e cooperação jurídica internacional em matéria de matrimônio, relações pessoais entre os cônjuges, regime matrimonial de bens, divórcio, separação conjugal e união não-matrimonial.

Outro campo onde também se exceptuam os critérios tradicionais de jurisdição para divórcio em DIPRI, pelo caráter de urgência, são as medidas cautelares relativas à pessoa de um dos cônjuges. Não é raro que o divórcio se dê em meio a uma situação de exacerbado conflito entre os cônjuges, em um contexto de violência doméstica, onde medidas extremas se fazem necessárias. Como é feito no domínio da União Europeia<sup>26</sup>; no MERCOSUL, o Acordo prestigiou o princípio da proteção e também o princípio da efetividade, ao prever a competência dos juizes onde o autor da medida (e, portanto, beneficiário desta) se encontra<sup>27</sup>.

### 3. LEI APLICÁVEL AO DIVÓRCIO

Para analisar a questão da lei aplicável ao divórcio, é preciso considerar que o divórcio serve usualmente, não somente para dissolver o vínculo matrimonial, como efeito principal do divórcio em si mesmo, mas também para disciplinar efeitos acessórios da vida entre os cônjuges, que passam a novo regime em razão da ruptura da comunhão de vida comum.

Da mesma forma como adota-se o *dépeçage*, o fracionamento, para tratar as condições exigidas para a celebração do casamento em DIPRI; cabe aplicar a mesma estratégia de distinguir os diferentes efeitos acessórios do divórcio entre si para determinação da lei aplicável em DIPRI. Como o divórcio envolve diferentes relações que se acumulam e se transformam durante a vida conjugal, este mosaico deve ser devidamente analisado no momento de ruptura do vínculo e sobre todas as relações por ele afetadas. Face ao grau de aperfeiçoamento do conflito de leis em DIPRI, deve-se aplicar a regra de conexão própria a cada matéria que guarda autonomia, para se chegar à adequada lei que lhe for aplicável.

#### 3.1. Lei aplicável ao divórcio no Direito Comunitário Europeu

O Regulamento (UE) nº 1259/2010, chamado de Regulamento Roma III, estabelece uma cooperação reforçada em matéria de lei aplicável ao divórcio e à separação de corpos, e, distingue claramente duas situações quanto à lei aplicável ao divórcio. O Regulamento Roma III prioriza a autonomia da vontade, ao listar as opções para uma escolha restrita da lei aplicável<sup>28</sup>, a saber: a lei do Estado de residência habitual dos esposos no momento da conclusão da convenção, a lei do Estado de última residência habitual dos cônjuges, desde que um deles ainda aí resida no momento da conclusão

---

26 Neste sentido, o artigo 20 do Regulamento (CE) nº 2201/2003, prevê a competência dos tribunais do Estado-Membro, onde a pessoa e os bens objeto da medida se encontrem.

27 Vide artigo 6 do Acordo entre os Estados Partes do Mercosul e Associados sobre jurisdição internacionalmente competente, lei aplicável e cooperação jurídica internacional em matéria de matrimônio, relações pessoais entre os cônjuges, regime matrimonial de bens, divórcio, separação conjugal e união não-matrimonial.

28 Vide, a respeito do fomento da inserção de normas que consagram a autonomia da vontade nos regulamentos europeus em matéria de direito das famílias: FULCHIRON, Hugues. PANET, Amélie. WAUTELET, Patrick (Ed.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelas: Bruylant, 2017.

da convenção; a lei do Estado de nacionalidade de um dos cônjuges no momento da conclusão da convenção; ou a lei do foro<sup>29</sup>. A competência da *lex voluntatis* se prorroga também para o consentimento e o fundo da convenção relativa à escolha da lei aplicável<sup>30</sup>, mas a validade da forma da convenção está submetida à lei do Estado de residência de um dos ex-cônjuges ou daquele que residir no espaço geográfico do Regulamento, se o outro aí não residir<sup>31</sup>. Ademais, o Regulamento proíbe o reenvio<sup>32</sup>. Na ausência de escolha da lei aplicável, o Regulamento determina, em cascata, subsidiariamente, a aplicação da lei da residência habitual dos cônjuges no momento da propositura do divórcio; a lei da última residência habitual dos cônjuges, desde que esta residência não tenha cessado há mais de um ano antes da propositura da demanda e que um dos cônjuges ainda seja aí residente no momento da propositura da demanda; a lei da nacionalidade de ambos os cônjuges no momento da propositura da demanda; e, por fim, a *lex fori*<sup>33</sup>. A lei aplicável à separação de corpos tem sua aplicação estendida à conversão em divórcio, salvo se as partes escolherem outra lei, nos limites do Regulamento<sup>34</sup>. No que concerne à lei aplicável, o Regulamento confirma os critérios tradicionalmente utilizados para a lei aplicável ao divórcio e à separação de corpos pelo princípio da proximidade<sup>35</sup>. Face aos conflitos móveis em matéria de divórcio<sup>36</sup>, o Regulamento tende a examinar o critério de conexão, no momento da propositura da demanda de divórcio<sup>37</sup>.

---

29 Vide artigo 3 do Regulamento (UE) n° 1259/2010.

30 Vide artigo 6 do Regulamento (UE) n° 1259/2010.

31 Vide artigo 7 do Regulamento (UE) n° 1259/2010.

32 Vide artigo 11 do Regulamento (UE) n° 1259/2010.

33 Vide artigo 8 do Regulamento (UE) n° 1259/2010.

34 Vide artigo 9 do Regulamento (UE) n° 1259/2010.

35 Vide GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. “La ley aplicable a la separación judicial y al divórcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. análisis del artículo 8 del reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”. *Cuadernos derecho transnacional*. 2012, 52, p. 52-85.

36 Andreas Bucher expõe um argumento relevante a respeito dos conflitos móveis em sede de divórcio: “La sécurité du droit commanderait que la règle de droit applicable demeure constante durant toute la procédure, ce qui permet aux parties de connaître les causes de divorce susceptibles d’être invoquées et les faits qui doivent être allégués et prouvés; Le départ d’un époux en cours de procès ne produit dès lors pas d’effet sur la détermination de la loi applicable. Le demandeur devrait alors, le cas échéant, plutôt retirer, puis réintroduire son action. Dans une matière dans laquelle des faits nouveaux peuvent être invoqués, au niveau du droit matériel, jusqu’à un stades avancé du procès (art. 138 CCS), modifiant le cas échéant les enjeux, Vidée la cause de divorce pertinente; il est peu cohérent d’écarter la prise en compte d’un déplacement du domicile au motif qu’il pourrait entraîner un changement du droit applicable”. BUCHER, Andreas. *Le couple en droit international privé*. n° 312, p. 114-115.

37 “The connections here are all determined at the time the court is seized. So one can only presume what law is going to be applied. One cannot be certain, because at least the habitual residence can easily change during the course of the marriage and can even cease to exist.

One or both of the spouses can also acquire or renounce nationality during the course of the marriage. So it is quite possible to have modifications on the applicable law to divorce in the absence of choice during the course of a marriage”. (DE SMET, Crina Alina Tagarta. “The European Divorce (Applicable Law) Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation”, *Proceedings of Joint International Conference “10th Edition European Integration Realities and Perspectives; 5th Edition The Global Advancement of Universities*

Especificamente quanto à lei aplicável ao regime matrimonial, o Regulamento nº 1103 (2016), que visa dar tratamento jurídico às questões de DIPRI envolvendo regime matrimonial, inovou. Beneficiando-se, em parte, em alguns ensinamentos da Convenção da Haia sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais de 1978, que logrou pouca repercussão, e, ficou limitada apenas a três Estados europeus; o Regulamento priorizou a autonomia da vontade, mas simplificou o labirinto de opções para a lei aplicável ao regime matrimonial, através de uma escolha limitada entre a lei da residência habitual à época da celebração do casamento ou da nacionalidade comum<sup>38</sup>. Na ausência de escolha, há a previsão, em cascata, do recurso à lei da primeira residência conjugal (após o casamento), seguida da lei de nacionalidade comum dos cônjuges no momento do casamento; e, em último caso, a lei do Estado com o qual eles possuam «os laços mais estreitos» no momento da celebração do casamento<sup>39</sup>. Como a Convenção da Haia sobre o mesmo objeto, o Regulamento (UE) nº 1103/2016 tem uma abertura universal em relação à lei aplicável ao regime matrimonial, ao permitir a aplicação da lei de um Estado que não é parte do Regulamento<sup>40</sup>. Entretanto, diferentemente da Convenção, o Regulamento (UE) nº 1103/2016 impôs unidade da lei aplicável, com uma solução mais harmoniosa, por manter a homogeneidade das relações patrimoniais entre os cônjuges. sem concessão para a adoção da *lex rei sitæ* para bens imóveis<sup>41</sup>.

Quanto à parte extrínseca da convenção para a escolha da lei aplicável ao regime matrimonial, o Regulamento (UE) nº 1103/2016 prevê que a convenção é considerada válida, alternativamente, em obediência à lei da residência comum dos cônjuges; ou segundo a lei do Estado-Membro cujas exigências sejam mais severas, no caso em que cada cônjuge tenha a residência habitual em Estados-Membros diferentes, à época da celebração da convenção; ou ainda conforme a lei do Estado-Membro, onde um cônjuge tenha sua residência habitual no momento da celebração da convenção, na hipótese em que o outro cônjuge não tenha sua residência em um Estado-Membro<sup>42</sup>. O Regulamento (UE) nº 1103/2016 utiliza estes mesmos critérios para a validade da convenção matrimonial, quanto à forma, e, frisa a necessidade de observar exigências suplementares, caso a lei aplicável ao regime matrimonial as imponha<sup>43</sup>. Ainda no tocante à convenção, o Regulamento (UE) nº 1103/2016 condiciona a validade do consentimento dos cônjuges e o fundo da convenção à lei escolhida pelos cônjuges, com escolha limitada entre a lei da residência habitual, no momento da celebração do casamento ou aquela da nacionalidade comum, mas permite a um dos

---

*and Colleges*,”. 2015. p. 124).

38Vide artigo 22 do Regulamento (UE) nº 1103/2016.

39Vide artigo 26 do Regulamento (UE) nº 1103/2016.

40 Vide artigo 21 do Regulamento (UE) nº 1103/2016.

41 Vide artigo 20 do Regulamento (UE) nº 1103/2016.

42 Vide artigo 23 do Regulamento (UE) nº 1103/2016.

43 Vide artigo 25 do Regulamento (UE) nº 1103/2016.

cônjuges recorrer à lei da sua residência habitual no momento de acionamento desta jurisdição, para justificar sua ausência de consentimento<sup>44</sup>. Cabe ainda observar que o Regulamento (UE) n° 1103/2016 permite facilmente aos cônjuges trocar a lei aplicável ao regime matrimonial, através da opção entre a lei da residência habitual ou da nacionalidade de um dos cônjuges no momento da conclusão da convenção<sup>45</sup>.

A repercussão do direito convencional produzido no seio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado se faz sentir na UE, em matéria de alimentos, uma vez que o artigo 15 do Regulamento (CE) n. 4/2009 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares remete ao Protocolo da Haia sobre a lei aplicável às Obrigações Alimentares de 2007. Apesar da consagração da lei da residência habitual do credor, como regra geral do Protocolo, mesmo se há uma mudança de residência, com a concessão em favor da lei da nova residência, para o caso de modificação da obrigação<sup>46</sup>; esta regra não é absoluta. As partes podem escolher, salvo se se tratar de um (ex)cônjuge incapaz, a *lex patriae* de uma das partes, a lei do Estado da residência habitual de uma das partes, a lei aplicável às relações patrimoniais entre as partes (mesmo se se tratar da *lex voluntatis*) ou a lei aplicável ao divórcio ou separação de casal, ainda que por força de escolha das partes<sup>47</sup>. Ademais, para os cônjuges ou ex-cônjuges, a oposição à lei da residência habitual do credor deve se fazer em nome do princípio da proximidade, que permite substituir esta lei pela lei da última residência conjugal<sup>48</sup>.

### **3.2. Lei aplicável ao divórcio no direito comunitário do MERCOSUL**

Na esfera do MERCOSUL, o Acordo reitera os critérios já usados para jurisdição, para a lei aplicável, harmonizando assim ambas as questões. Deste modo, a lei aplicável ao divórcio é aquela do domicílio conjugal; e, subsidiariamente, em sua falta, à escolha do autor, a lei do último domicílio conjugal, caso um dos cônjuges aí se encontre, ou ainda, a lei do domicílio do autor ou aquela do domicílio do réu<sup>49</sup>.

Da mesma forma como é feito para matéria de jurisdição, o regime matrimonial aplicado aos bens do casal comporta regra excepcional no conflito de leis, dado o caráter patrimonial. Neste contexto, diferentemente do que é feito no Regulamento n° 2013/2016, que priorizou a autonomia da vontade na matéria; no MERCOSUL, a autonomia da vontade é prevista timidamente,

---

44 Vide artigo 24 do Regulamento (UE) n° 1103/2016.

45 Vide artigo 22 do Regulamento (UE) n° 1103/2016.

46 Vide artigo 3 do Protocolo da Haia sobre lei aplicável às obrigações alimentares de 2007.

47 Vide artigo 8 do Protocolo da Haia sobre lei aplicável às obrigações alimentares de 2007.

48 Vide artigo 5 do Protocolo da Haia sobre lei aplicável às obrigações alimentares de 2007.

49 Vide artigo 11 do Acordo entre os Estados Partes do MERCOSUL e Associados sobre jurisdição internacionalmente competente, lei aplicável e cooperação jurídica internacional em matéria de matrimônio, relações pessoais entre os cônjuges, regime matrimonial de bens, divórcio, separação conjugal e união não-matrimonial.



desde que as convenções matrimoniais obedeçam à lei do Estado em que sejam outorgadas, consagrando-se assim a *lex loci actus*. Na falta de escolha pelas partes, recorre-se, em cascata, à lei do primeiro domicílio conjugal, e, à *lex loci celebrationis* do casamento<sup>50</sup>. Ainda sobre outros eventuais efeitos acessórios do divórcio, faz-se mister registrar que o legislador mercosulino não detalhou os eventuais efeitos acessórios do divórcio, como o fez o legislador da União Europeia; preferindo apenas indicar, salvo exceção para questões patrimoniais, o divórcio como uma questão geral.

Da mesma forma como a União Europeia dá importância à questão das medidas cautelares, o MERCOSUL no Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares de 1994 prevê medidas amplas para a proteção de bens, pelo juiz do Estado-Parte pretendendo sua execução no território do outro Estado-Parte, mas salvaguardando a aplicação da lei do Estado requerido no que diz respeito aos efeitos relativos à propriedade e aos direitos reais do bem objeto da medida de proteção<sup>51</sup>.

#### **4. RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE DECISÕES DE DIVÓRCIO**

A área de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras é, usualmente, um campo, onde os Estados costumam recorrer a mecanismos de cooperação jurídica internacional. E isto se faz de modo ainda mais intenso, em blocos como o MERCOSUL e a União Europeia, para tentar facilitar a circulação de decisões *intra* bloco, como uma forma de otimizar os objetivos do bloco, como a liberdade de circulação de pessoas.

##### **4.1. Reconhecimento e execucao de decisoes de divórcio no Direito Comunitário da União Europeia**

No nível da União Europeia, o Regulamento Bruxelas II-bis prevê o reconhecimento e a execução de decisões entre os Estados-Membros, partindo da utilização indireta dos critérios de competências enunciados nos seus artigos 3-7. Embora o Regulamento confirme a tendência da livre circulação de decisões dentro do bloco, como já feito em outros regulamentos, o Regulamento Bruxelas II-bis retoma os critérios tradicionais para o reconhecimento de decisões estrangeiras, ao estabelecer os motivos para a recusa do reconhecimento, a ser levantada pela parte interessada, como a ofensa à ordem pública do Estado requerido, a falta de contraditório entre as partes, o conflito com a coisa julgada do Estado requerido, de outro Estado-Membro ou ainda de um terceiro Estado<sup>52</sup>. O Regulamento proíbe ainda qualquer forma de revisão do mérito da decisão<sup>53</sup>, questionamento da

---

50 Vide artigo 10 do Acordo entre os Estados Partes do MERCOSUL e Associados sobre jurisdição internacionalmente competente, lei aplicável e cooperação jurídica internacional em matéria de matrimônio, relações pessoais entre os cônjuges, regime matrimonial de bens, divórcio, separação conjugal e união não-matrimonial.

51 Vide artigo 7 do Protocolo de Ouro Preto de 1994.

52 Vide artigo 22 do Regulamento Bruxelas II-bis.

53 Vide artigo 26 do Regulamento Bruxelas II-bis.

competência da autoridade prolatora da decisão<sup>54</sup> ou da lei aplicada por esta autoridade<sup>55</sup>.

Cabe observar que o Regulamento (CE) n. 4/2009 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução de decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares estabelece diferenças para o reconhecimento das decisões prolatadas em matéria de obrigações alimentares. De um lado, se a decisão provém de um Estado-Membro ligado pelo citado Protocolo da Haia, o reconhecimento se faz de pleno direito, sem possibilidade de contestá-la<sup>56</sup>. Ademais, a decisão goza de força executória, mas o devedor tem dois meios para bloquear a execução: requerer a suspensão ou recusar a execução por circunstâncias tais como a litispendência internacional e a prescrição executória no Estado requerido<sup>57</sup>; ou ainda solicitar um reexame da decisão, no Estado de origem da decisão, em razão do não comparecimento perante o juiz que prolatou dita decisão<sup>58</sup>. Por outro lado, se a decisão vem de um Estado-Membro não ligado pelo Protocolo da Haia, o reconhecimento também se faz de pleno direito, mas qualquer parte interessada pode contestar<sup>59</sup>. A execução se faz em outro Estado-Membro, depois desta decisão ser declarada exequível a pedido de uma parte interessada, mas admite-se recursos<sup>60</sup>.

#### **4.2. Reconhecimento e execução de decisões de divórcio no direito comunitário do MERCOSUL**

Quanto ao MERCOSUL, o Acordo foi muito sucinto sobre a temática de reconhecimento e execução de decisões de divórcio e matérias afins. O artigo 14, na verdade, prevê a possibilidade de reconhecimento e execução, sem a previsão de regras específicas, mas remetendo, de forma eficiente ao dispositivo do MERCOSUL destinado para este fim. Diferentemente do que ocorreu na União Europeia, o MERCOSUL trouxe limitado aporte, em termos de direito comunitário, para o DIPRI, em relação aos Estados-Partes; provavelmente por seu escopo mais limitado, visando ao fortalecimento de um mercado comum. As normas oriundas do MERCOSUL para os Estados-Partes focaram no direito processual internacional, visando a cooperação jurídica internacional, de modo que os protocolos adotados na área do DIPRI versam majoritariamente questões de conflito de jurisdições, e, episodicamente, normas de conflito de leis, no sentido clássico da matéria.

O Protocolo de Las Leñas de 1992, sobre cooperação internacional em matéria civil, comercial, penal e administrativa, facilitou a circulação de

---

54 Vide artigo 24 do Regulamento Bruxelas II-bis.

55 Vide artigo 25 do Regulamento Bruxelas II-bis.

56 Vide artigo 17 do Regulamento (CE) n. 4/2009.

57 Vide artigo 20 do Regulamento (CE) n. 4/2009.

58 Vide artigo 19 do Regulamento (CE) n. 4/2009.

59 Vide artigo 21 do Regulamento (CE) n. 4/2009.

60 Vide artigo 25 do Regulamento (CE) n. 4/2009.

decisões dentro do bloco<sup>61</sup>. O principal mecanismo de cooperação consiste na possibilidade de reconhecer e executar decisões judiciais e arbitrais prolatadas em um Estado-Parte em outro Estado-Parte, incluindo aquelas sobre matéria de divórcio, por meio de cartas rogatórias<sup>62</sup>, com base no Artigo 19 do Protocolo de Las Leñas. Este mecanismo de cooperação jurídica internacional dispensa, portanto, o recurso ao procedimento tradicional para o reconhecimento de decisões estrangeiras, como a ação de homologação de sentença estrangeira do direito brasileiro, para reconhecer uma decisão de divórcio oriunda destes Estados no Brasil, e vice-versa<sup>63</sup>. Por meio de carta rogatória, usualmente mais célere e menos complexa do que o procedimento tradicional, pode-se a requerimento da parte no Estado-Parte rogante, solicitar o reconhecimento e a execução da decisão por meio do expediente da rogatória<sup>64</sup>. Ainda com relação ao campo geográfico de aplicação, cabe registrar que em 2002 fez-se um acordo que reproduz a extensão dos mecanismos previstos no Protocolo de Las Leñas à Bolívia e Chile enquanto Estados-Associados ao MERCOSUL.

No que concerne a possibilidade de recusa ao reconhecimento de decisões estrangeiras, com base no filtro da ordem pública, o Acordo ressalva que um Estado-Parte que não preveja o casamento entre pessoas do mesmo sexo em seu direito interno podera recusar a aplicação das normas do Acordo sobre esta matéria<sup>65</sup>. Donde se conclui que o reconhecimento de uma decisão de divórcio de casal homoafetivo oriunda, por exemplo, da Argentina ou Uruguai, poderia ser recusada em um Estado-Parte que seja refratário ao casamento homoafetivo, como o Paraguai<sup>66</sup>. Na União Europeia, embora o Regulamento também preveja a tradicional cláusula escapatória da ordem pública<sup>67</sup>, a negativa de um Estado-Membro europeu a reconhecer uma decisão de divórcio de casal do mesmo sexo prolatada na França ou nos Países Baixos seria mais difícil. Não somente pela maior permeabilidade do instituto aos diferentes nacionais dos Estados que compõem o bloco, mas principalmente, pelo respeito aos direitos adquiridos, reforçado pelo uso de certificados relativos a estado, no âmbito do bloco. Ademais, na seara

---

61 Vide artigo 1º do Protocolo de Las Leñas.

62 O Artigo 6 do Protocolo de Las Leñas enumera os requisitos que as cartas rogatórias deverão conter para o seu cumprimento em outro Estado-Parte.

63 Vide, a respeito da evolução do direito processual internacional no MERCOSUL: DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 13 ed. Rio de Janeiro, GEN/Forense, 2017.

64 Não é demais lembrar que o Brasil dispensa de homologação ou procedimento afim de divórcios consensuais estrangeiros, com base no artigo 961, § 5º do Código de Processo Civil, exigindo-se apenas averbação em cartório para produção de efeitos no Brasil, nos termos do Provimento nº 53/2016 do CNJ.

65 Vide, a respeito da evolução do casamento homoafetivo em alguns países: BLAIR, Marianne *et alii*. *Family law in the world community: cases, materials, and problems in comparative and international family law*. 2 ed. Durham, Carolina Academic Press, 2009.

66 Vide artigo 7 do Acordo entre os Estados Partes do MERCOSUL e Associados sobre jurisdição internacionalmente competente, lei aplicável e cooperação jurídica internacional em matéria de matrimônio, relações pessoais entre os cônjuges, regime matrimonial de bens, divórcio, separação conjugal e união não-matrimonial.

67 Vide artigo 9 do Regulamento (UE) nº 1259/2010.

dos direitos humanos, a Corte já se pronunciou sobre a necessidade de reconhecimento dos casamentos homoafetivos validamente constituídos por cidadãos europeus, e, pelo respeito à circulação deste *status*, em respeito à não discriminação e à liberdade de circulação, enquanto pilar do bloco.

## 5. CONCLUSÃO

Ao comparar-se os dois blocos de integração, percebe-se o avançado estágio da União Europeia, em termos de regras sobre divórcio, em razão do avançado estágio de seu direito comunitário, contando com vários regulamentos que visam disciplinar a vida familiar, mas também pelo avançado grau de aplicação do DIPRI por seus Estados-Membros.

No âmbito do MERCOSUL, apesar de o direito comunitário sobre a matéria ser muito sucinto, além da estrutura do bloco, para acompanhar tal aplicação, ser mais restrita, sem contar por exemplo, com a força da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, o bloco sul-americano tem evidado esforços para tais fins. Além das já famosas normas de cooperação instituídas pelo Protocolo de Las Leñas, para reconhecimento e execução de decisões por meio de cartas rogatórias, o bloco deu grande impulso ao adotar o Acordo entre os Estados-Partes do MERCOSUL e Associados, sobre jurisdição internacionalmente competente, lei aplicável e cooperação jurídica internacional em matéria de matrimônio, relações pessoais entre os cônjuges, regime matrimonial de bens, divórcio, separação conjugal e união não-matrimonial, em 2012.

Por fim, é importante observar, em ambos os blocos, a contribuição das normas existentes para disciplinar as questões de circulação do estatuto familiar, em especial do divórcio, para garantir a livre circulação de pessoas, inclusive pelo estatuto instituído pelo divórcio a diversos ex-cônjuges, mas também a inúmeras famílias, que sofrem diretamente consequências deste *status* jurídico. E, neste contexto, possuem grande destaque os mecanismos de cooperação jurídica internacional utilizados para o reconhecimento e execução de decisões dentro do bloco, para tornar efetivos direitos, o *status* já adquirido pelo divórcio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Simplíssimo, 2016.

ARROYO, Diego P. Fernandez (Ed.). *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavalía, 2003.

AUDIT, Bernard. D'AVOUT. Louis. *Droit International privé*. 6ª ed. Paris: Economica, 2010.

BAARSMA, Nymke Anna. *The Europeanisation of international family law*. La Haye/Berlin, T M C Asser Springer distr., 2011.

BIDAUD-GARON, Christine. FULCHIRON, Hugues. *Vers un statut européen de la famille*. Paris: Dalloz, 2014.

BLAIR, Marianne et alii. *Family law in the world community: cases, materials, and problems in comparative and international family law*. 2ª ed. Durham: Carolina Academic Press, 2009.

BUCHER, Andreas. *Le couple en droit international privé*. Paris, LGDJ, 2004.

BUREAU, Dominique. WATT, Horatia Muir. *Droit international privé*. t. II. 2 ed. Paris: PUF, 2010.

COULANGES, Fustel de. *La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 12ª ed. Paris: Hachette, 1888.

DE SMET, Crina Alina Tagarta. "The European Divorce (Applicable Law) Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation". *Proceedings of Joint International Conference 10th Edition European Integration Realities and Perspectives; 5th Edition The Global Advancement of Universities and Colleges*. 2015, p. 116-127.

DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional. vol. 1: A família no direito internacional privado. tomo primeiro: Casamento e divórcio no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 13ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017.

FERRAND, Frédérique. FULCHIRON, Hugues (dir.). *La rupture do mariage en droit comparé*. Coll. Droit Comparé et Européen. vol. 19. Paris: Société de Législation Comparée, 2015.

FULCHIRON, Hugues. PANET, Amélie. WAUTELET, Patrick (Ed.). *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*. Bruxelles: Bruylant, 2017.

GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. "La ley aplicable a la separación judicial y al divórcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. análisis del artículo 8 del reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010". *Cuadernos derecho transnacional*, 2012, nº 52, p. 52-85.

NÍ SHÚILLEABHÁIN, Máire. *Cross-border divorce law: Brussels II bis*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

PHILIPS, Roderick. *A short story of divorce*. Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

RALSER, Élise. *La célébration du mariage en Droit International privé*. [Tese de doutorado]. Orientador: Jacques FOYER. Université Panthéon-Assas. Paris. vol. 2, 1998, 433p.

RAMOS, André Carvalho. GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

WELLER, Marc-Philippe. “Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPrax)*, 2014, vol 3, n° 34.



## Divorce as an instrument for the circulation of family status in MERCOSUR and in the European Union

**Abstract:** This work talks about divorce, as an institution that organizes the family status arising from the dissolution of marriage, with a focus on transnational effects in regional integration blocks, where freedom of movement is guaranteed. The article analyses the ruling of divorce, through typical rules of private international law and international legal cooperation means, in the two major blocks that currently exist: MERCOSUR and the European Union. This study is divided according to three main aspects of divorce at a transnational level: jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of foreign decisions. A comparative analysis between the legal regime of divorce in the rules of both blocks is done, with the aim to indicate how MERCOSUR's rules may benefit from the European experience.

**Keywords:** Divorce, MERCOSUR, European Union, Freedom of movement, Family status.

### RESUMO BIOGRÁFICO

*Marcos Vinicius Torres* é Professor Associado de Direito Civil e Internacional Privado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado inscrito na Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. Docteur en droit de la famille, Université de Lyon. Doutor em Direito Internacional, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

## La contribución de los tribunales de los estados partes en el desarrollo del estatuto de la ciudadanía de MERCOSUR

### A contribuição dos tribunais dos estados-parte para o desenvolvimento do estatuto da cidadania do MERCOSUL

*Victor Hugo Alcalde do Nascimento\** 

**Resumen:** El Estatuto de la Ciudadanía de MERCOSUR nació como respuesta a una preocupación sobre como insertar el individuo en la integración, perjudicada debido a su carácter intergubernamental, fundado en la aquiescencia de sus miembros ni siempre está orientada al fortalecimiento de la integración. Este artículo sostiene un cambio de paradigmas: de la conducción política del Poder Ejecutivo para la defensa de derechos del Poder Judicial. Los tribunales nacionales están habituados a respetar el extranjero, a aplicar el derecho foráneo y a considerar precedentes extranjeros en sus decisiones. Ellos pueden, por consiguiente, fortalecer los pilares que forman la ciudadanía del bloque: la libertad de residencia, el libre ejercicio de un trabajo, y, la corrección del déficit democrático. El único obstáculo a su actuación, no obstante, es la deferencia a las opiniones e interpretaciones del Poder Ejecutivo. A este impedimento, este artículo apunta que existen decisiones ejemplares, como ocurre en Unión Europea, que deben ser seguidas y que es necesaria la autonomía de los tribunales domésticos para la construcción de la integración regional y, en consecuencia, de la ciudadanía mercosureña.

**Resumo:** O Estatuto da Cidadania do MERCOSUL nasceu como resposta para inserir o indivíduo no projeto de integração regional, prejudicada devido a seu caráter intergovernamental, fundado na aquiescência de seus membros nem sempre está orientado ao fortalecimento da integração. Este artigo defende um câmbio de paradigmas: da condução política do Poder Executivo para a defesa de direitos pelo Poder Judiciário. Os tribunais nacionais estão

---

\* Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Londrina-PR, Brasil.

E-mail: victorh.alcalde@outlook.com

Recibido: 30/05/2020. Aceptado: 06/04/2021.



habitados a respeitar o estrangeiro, a aplicar direito alienígena e a considerar precedentes estrangeiros em suas decisões. Eles podem, portanto, fortalecer os pilares que formam a cidadania do boco: a liberdade de residência, o libre exercício laboral, e, a correção do déficit democrático. O único obstáculo para sua atuação é a deferência às opiniões e interpretações do Poder Executivo. A este impedimento, este artigo advoga que existem decisões exemplares, como ocorre na União Europeia, que devem ser seguidas e que é necessário a autonomia dos tribunais domésticos para a construção da integração regional, e, conseqüentemente, a cidadania do MERCOSUL.

**Palabras clave:** Estatuto de la Ciudadanía, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Deferencia.

**Palavras-chave:** Estatuto da Cidadania, Poder Executivo, Poder Judiciário, Deferência.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR, creado a través de la Decisión del Consejo Mercado Común, N° 64/10, refleje a la preocupación con la dimensión social y con la inserción del individuo en la integración suramericana. Para llevarlo a cabo, también se propuso un Plan Estratégico de Acción Social, que se trata de una guía programática. Juntos, los documentos contienen prescripciones básicas para la formación de una ciudadanía mercosureña, no una ciudadanía en su dimensión clásica, pero un modelo de ciudadanía complementar a aquella otorgada por los Estados Partes. La ciudadanía suramericana, como prescriben los documentos, sería basada en la libre circulación de personas y en la consecuente, libre residencia, así como, en la libertad de ejercer un trabajo en alguno de los Estados Partes y en la corrección del déficit democrático.

Sin embargo, aunque los documentos hayan sido adoptados por una decisión del Consejo Mercado Común, que, según, el artículo 9º, del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR (Protocolo de Ouro Preto), serían obligatorias para los Estados Partes, persiste en el bloque el carácter intergubernamental. En otras palabras, el derecho del MERCOSUR resta precario de prescripciones supranacionales, capaces de obligar a los Estados de forma clara y objetiva. Sus obligaciones son, en consecuencia, fundadas en el Derecho Internacional Público clásico: los Estados contraen obligaciones cuando manifiestan sus voluntades soberanas. Este es el gran obstáculo del bloque. Las voluntades de sus miembros ni siempre convergen a un objetivo común. El Estatuto de la Ciudadanía y el Plan Estratégico no pasarán de letra muerta si los Estados Partes no demostraran la voluntad en aplicar lo acordado en ellos. Delante del fracaso en el establecimiento del Parlamento de MERCOSUR –



hasta el presente, solo Paraguay eligió, por voto directo, secreto y universal, sus representantes – el bloque no posee instituciones capaces de recibir y resolver las demandas de los individuos.

En ese artículo se defiende que, ante a la inercia de los Estados Partes en asumir un protagonismo mayor en el bloque y establecer instituciones democráticas, este déficit puede ser resuelto por los tribunales nacionales. El Poder Judicial, por determinación precisa en las Constituciones estatales, mantiene sus puertas abiertas para la resolución de litigios y para asegurar derechos fundamentales, sin discriminación. Los criterios de igualdad o de debate irrestricto y amplio – típicos valores democráticos – son respetados. Los órganos jurisdiccionales pueden remediar el déficit democrático que los Poderes Ejecutivos, responsables por la conducción de la política internacional y, por consiguiente, de las decisiones del MERCOSUR, no consiguieron.

Un análisis minucioso, además, del Estatuto de la Ciudadanía y del Plan estratégico, se puede verificar que la ciudadanía mercosureña no sería más que derechos ya previstos en algunos de los tratados firmados en el bloque, como en el Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes. El Estatuto de la Ciudadanía, en mejores palabras, ya es una realidad. Así que, se puede verificar como los tribunales domésticos los aplican e interpretan con el propósito de verificar si las deficiencias del bloque son susceptibles de una respuesta adecuada.

Se reconoce, no obstante, obstáculos a la tesis abogada en este artículo. Aunque los tribunales nacionales sean mejor equipados y capaces para tutelar los intereses democráticos del bloque y aplicar las disposiciones ciudadanas, en comparación con los órganos del Poder Ejecutivo, están sujetos al riesgo de la deferencia. Los tribunales nacionales, cuando se deparan con el análisis de legalidad de una acción del Poder Ejecutivo, de un hecho político, por lo tanto, suelen deferir a sus interpretaciones. Así, por ejemplo, frente a la denegación del permiso de residencia o, del ejercicio de algún trabajo, de un extranjero en el territorio nacional, por una agencia ejecutiva, los tribunales suelen acatarlas. Difieren, en definitiva, a las interpretaciones del Poder Ejecutivo.

Se postula en este artículo que asimetrías creadas por la inercia de los Poderes Ejecutivos al desarrollar y establecer políticas públicas pueden ser resueltas por las instituciones que componen los Poderes Judiciales de los Estados Partes, desde que asumieran una gran virtud; la autonomía. Es necesario garantizar la autonomía de los tribunales domésticos para llevar a cabo los postulados de la integración y, por consiguiente, la ciudadanía del bloque.

Este artículo está dividido en cinco partes. Primero, se expondrá sobre la ciudadanía en MERCOSUR y los desafíos puestos al modelo actual de integración. En segundo lugar, se versará sobre el papel desempeñado por el Poder Judicial de los Estados Partes para la concretización del Estatuto de la Ciudadanía y el desafío puesto por la deferencia. A continuación, se

presentarán tres ejemplos de derechos clave a la ciudadanía mercosureña y como han sido interpretados en los tribunales nacionales: la libertad de residencia, la libertad para ejercer un trabajo, y, el déficit democrático. Al final se presentarán las conclusiones.

En este artículo se emplearán decisiones y literatura jurídica extranjeras. Sus traducciones son, en consecuencia, de responsabilidad del autor.

## **2. LA CIUDADANÍA EN EL BLOQUE Y LOS DESAFÍOS DEL MODELO ACTUAL DE INTEGRACIÓN**

El Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR fue creado por medio de la Decisión del CMC n° 64/10, en la Cumbre de Foz de Iguazú, en el año 2010, para la “profundización de la dimensión social y ciudadana del proceso de integración, con miras a alcanzar un desarrollo sustentable, con justicia e inclusión social en beneficio de los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR”<sup>1</sup>. Su lenguaje es más prospectivo, o sea, establece compromisos que los Estados Partes se comprometen en adoptar, como la implementación de políticas para garantizar a sus nacionales la libre circulación, la igualdad de acceso al trabajo, a la salud o a la educación. Junto al estatuto, fue creado el Plan Estratégico de Acción Social (Decisión CMC n° 12/11), que, en sus 10 ejes, sirve como una guía programática para la concretización de la ciudadanía mercosureña. La importancia de la consolidación del respeto de los derechos civiles, sociales y económicos de los individuos es reconocida<sup>2</sup>, pero, está expuesta a las deficiencias del propio modelo de integración.

Mercosur es un modelo joven de integración regional, originalmente concebido como una integración destinada a la facilitación del tráfico comercial<sup>3</sup>, que ganó contornos nuevos, destinados a la integración también de los pueblos de los Estados Partes, como en la uniformización o unificación de la tutela de derechos sociales, económicos y políticos de sus nacionales después de su creación, ya en su vida adulta. Prevalece en él los dictados del Derecho Internacional Público clásico, o sea, los compromisos firmados dependen de la voluntad de los Estados. No hay en el bloque, como existe en otros modelos de integración regional, un derecho supraestatal. Esta es la principal fragilidad de MERCOSUR y el gran desafío para la concretización del Estatuto de la Ciudadanía. No habrá, por consiguiente, la libertad de circulación de los individuos o de fijar sus residencias en los territorios de los Estados Partes si ellos no aceptaran y practicaran lo dispuesto en las normas internacionales. Es necesario recalcar que, mismo que el Estatuto haya sido establecido por medio de una decisión del Consejo Mercado Común, y, que según al Art. 9°, del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre

---

1 MERCOSUR, Decisión del CMC n° 64/10.

2 Según aseveró Taberé Vazquez, “Si la integración no tiene al ser humano como raíz y objetivo y no es clave de ciudadanía y de democracia, no tiene sentido; podrá ser una sigla o un cronograma de reuniones, pero no tendrá contenido ni porvenir”. Disponible en: <<https://archivo.presidencia.gub.uy>>

3 Como sostiene el Art. 1°, Tratado de Asunción.

la Estructura del MERCOSUR, los clasifica como obligatorios, los Estados disponen de excusas legales para su no cumplimiento: el carácter soberano, como se ha afirmado, así como, nuevas leyes domésticas contrarias a las internacionales<sup>4</sup>, por ejemplo.

El Derecho Internacional Público, en su acepción clásica<sup>5</sup>, se caracteriza por la igualdad entre Estados y por el imperio de la soberanía. La consecuencia de esta filosofía es la atribución al Estado de determinados poderes en carácter exclusivo, es decir, que son privativos y le incumbe el monopolio de su ejercicio. Entre estos poderes reside el “poder de ejercer autoridad sobre todos los individuos que habitan su territorio”<sup>6</sup>, también llamado de jurisdicción para prescribir. A continuación, hay “el poder de usar y disponer libremente del territorio bajo la jurisdicción del Estado y en él ejercer todas las actividades consideradas necesarias o benéficas para la población”, además del “derecho que ningún otro Estado invada su territorio (llamado *jus excludendi alios* o el derecho de excluir otros)”<sup>7</sup>. La nacionalidad, por ejemplo, es otorgada a los individuos, por los Estados en consideración de su soberanía. La Corte Internacional de Justicia afirmó en el fallo *Liechtenstein c. Guatemala* (fallo *Nottebohm*<sup>8</sup>), de 6 de abril de 1955, que “el derecho internacional deja para cada Estado atribuir la reglas que gobiernan la concesión de su propia nacionalidad”<sup>9</sup>. La ciudadanía del MERCOSUR, por lo tanto, está presa al asentimiento de los Estados en tornarla efectiva.

Es necesario recalcar que no existe una ciudadanía o nacionalidad universal. Aunque escritores y filósofos hayan soñado, o mismo ostentado, ser ciudadanos del mundo, esta idea no es más que un sueño, una utopía. La ciudadanía es local y está relacionada a la existencia de los Estados. Ella compone un conjunto de derechos públicos subjetivos en las áreas civil, política y económica, cuya condición para el ejercicio y gozo es, tradicionalmente, la nacionalidad. En otras palabras, será ciudadano aquel que posee la nacionalidad. No se podría, por lo tanto, concebir la ciudadanía sin la nacionalidad. Los ideales y proyectos de “ciudadanías globales o internacionales, no serían más que pretensiones utópicas”<sup>10</sup>. Así se manifestó

---

4 Sin la atribución del carácter supraestatal a una norma internacional, una nueva ley doméstica puede, después de promulgada, derogar un tratado internacional más antiguo. Se trata del principio “*lex posterior derogat priori*” (“una nueva ley deroga la anterior”).

5 Antonio Cassese señala que “la primera y más importante característica del derecho internacional es que sus reglas se destinan a reglar el comportamiento de Estados, no individuos. Los Estados son los principales actores del escenario internacional. Ellos son las entidades legales, agregaciones de seres humanos dominados por un aparato que les confiere autoridad. Sus objetivos son muy diferentes de aquellos de cada individuo o grupo. Cada Estado posee y controla un territorio separado; y cada uno es limitado por relaciones políticas, económicas, culturales (y frecuentemente, étnicas o religiosas)”. CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 3.

6 CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 49.

7 *Id.* p. 51.

8 *Liechtenstein c. Guatemala*. Sentencia de 6 de abril de 1955. Corte Internacional de Justicia.

9 *Ibid.* p. 22.

10 ARENDT, Hannah. *Men in Dark Times*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1970, p. 81.

Hannah Arendt, según la cual, “un ciudadano que vive bajo la tiranía de un imperio mundial, y que habla y piensa en una especie de esperanto sagrado, no sería más que un mostro o hermafrodita”<sup>11</sup>. La autora defiende que un ciudadano “es, por definición, un ciudadano entre ciudadanos de un país entre países. Sus derechos y deberes deben ser definidos y limitados, no solo por aquellos de otros ciudadanos, pero, también por las fronteras del territorio”<sup>12</sup>. Ser ciudadano, en definitiva, es ser nacional. La pregunta que se presenta ahora, después de ese análisis es, considerándose la ciudadanía como un atributo local, ¿cómo concebirla en el ámbito del bloque?

Algunos hechos contemporáneos, sin embargo, desafían la tesis que defiende la ciudadanía requiere la nacionalidad. El reconocimiento de los individuos como sujeto de Derecho Internacional Público y, por consecuencia, el establecimiento de los Derechos Humanos, es evidencia de la abolición de las fronteras que aprisionaban las personas a los derechos domésticos de los países de sus nacionalidades. No obstante, se puede cuestionar si no serían los Estados, en definitiva, los responsables por la otorga de derechos fundamentales, a nivel internacional, a los individuos. Es decir, ¿la existencia de los derechos humanos no son resultados de la voluntad estatal de ratificar los diplomas internacionales? La respuesta es que, una parte considerable de los derechos asegurados a las personas es resultado de tratados internacionales, pero, hay otra parte, denominada de *jus cogens*,<sup>13</sup> que depende del asentimiento estatal y que no puede ser derogado por ellos, mismo en momentos de grave crisis ante a conflictos armados. Esa parte es muy pequeña y, en realidad, la concesión de la nacionalidad es aun monopolio de los Estados. La ciudadanía mercosureña, sin embargo, diferenciaría de la nacionalidad otorgada por un Estado, porque ella sería complementaria, es decir, no existiría independiente de una nacionalidad de uno de los Estados Partes. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en la integración europea.

La ciudadanía europea, establecida en el Tratado de Maastricht, actual artículo 20(1) del TFEU<sup>14</sup>, es complementaria a la nacionalidad de los Estados Partes. Aunque sea “destinada a ser el status fundamental de los nacionales de los Estados partes”<sup>15</sup>, ella no excluye aquella del Estado parte: es un complemento, y, como tal, dependiente de la ciudadanía doméstica.

---

11 Id. p. 81

12 Id. p. 81.

13 El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, expresa que: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”

14 Según el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “Artículo 20.1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

15 Rudy Grzelczyk v. Centre Public d’Aide Sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve, C-184/99, §31.

Será ciudadano europeo todos los nacionales de los Estados-partes; esta es una condición para su adquisición. No obstante, la ciudadanía europea sirve como instrumento legal que confiere al titular garantías mayores que las disponibles en las nacionalidades estatales. Los mayores éxitos de este modelo, tal vez, han sido la efectiva garantía de la libertad de circulación, la libertad de residencia, así como, el desarrollo de mecanismos democráticos capaces de asegurar la participación de los individuos. Los artículos 22 y 24, del TFEU, garanten al individuo residente en un Estado diferente del suyo, el derecho de votar o ser elegido en elecciones municipales o para el Parlamento Europeo.

La comparación con el modelo mercosureño es inevitable. Como punto común (*tertium comparationis*) está el interés en el desarrollo de una ciudadanía concreta, en la cual haya una efectiva tutela de derechos fundamentales. La diferencia, en cambio, está en la estructura: la Unión Europea supo traducir los intereses y garantías de sus ciudadanos en organismos eficaces de participación, como el Parlamento, y de garantizar la protección de las libertades comunitaria en tribunales supraestatales. En MERCOSUR, las decisiones son aun dependientes de la voluntad de los Estados. Como se ha señalado, el carácter intergubernamental del MERCOSUR tiene la inevitable consecuencia de tornar el conocimiento de las Constituciones de sus miembros una necesidad.

### **3. EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL NACIONAL PARA LA CONCRETIZACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CIUDADANÍA**

Una Constitución es el derecho fundamental y orgánico de un Estado. Además, según ya expresaba la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, y, tampoco, la separación de los poderes no esté determinada, no tiene constitución”. Es ella la responsable por establecer el aparato del gobierno y sus estructuras, así como garantizar derechos políticos, económicos y sociales de una nación. En un bloque en que reina el carácter intergubernamental como el MERCOSUR, las constituciones son muy importantes. Si las decisiones tomadas en el bloque económico son basadas según el criterio de la soberanía, es en las constituciones de los Estados que se encontrarán las respuestas de como estas decisiones pueden ser tomadas. A pesar de que las Constituciones estatales establezcan que el ejercicio de la política internacional es basado en principios como el respeto a los derechos humanos o en beneficio de la integración regional<sup>16</sup>, en concreto, poco fue hecho. La causa probable: las prescripciones constitucionales son muy amplias y confieren espacio a la discrecionalidad. De ahí que cualquier

---

<sup>16</sup> En Brasil, el artículo 4º, de la constitución, expresa que “la República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: I. independencia nacional; II. Prevalencia de los Derechos humanos; [...] Párrafo único. La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de Latinoamérica, en miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

hecho podrá ser considerado en conformidad con la integración, mismo si, en definitiva, poco ayude al desarrollo concreto del bloque. La tarea de fortalecer el bloque, en consecuencia, reposa en el Poder Judicial.

Los tribunales, por determinación constitucional, no pueden cerrar sus puertas a la solución de litigios<sup>17</sup>. A todos es asegurado acceder a los órganos jurisdiccionales para pleitear derechos o resolver sus conflictos. Además, esa obligación es prevista por varios tratados internacionales ratificados por todos los Estados Partes<sup>18</sup>.

Los órganos jurisdiccionales, por otra parte, están habituados a trabajar con el foráneo. Además de juzgar litigios en que sean partes los extranjeros, ellos aplican derecho foráneo<sup>19</sup> y también consideran precedentes de tribunales de otros Estados en sus decisiones, lo que demuestra cuan amplio y tolerantes son. Estas son características, en definitiva, consideradas fundamentales en la democracia.

La consideración de decisiones extranjeras es saludable cuando se busca la integración regional. La importancia del derecho comparado reside en extender los horizontes del magistrado. Él “despierta en el juez el potencial latente de sus propios sistemas”<sup>20</sup>, y, en suma, les informa “sobre el suceso o fracaso que pueden resultar la adopción de una solución particular”<sup>21</sup>. Se podría, incluso, afirmar la existencia de una verdadera comunidad internacional de tribunales, basada en el respeto y mutuo intercambio. En consecuencia, la citación de fallos extranjeros suscita “una actual convergencia de decisiones en determinados temas, la fertilización cruzada empieza a evolucionar en algo más profundo, comparable a una jurisprudencia global”<sup>22</sup>. Esto solo es posible gracias a un principio encontrado en los textos de las constituciones de los Estados: el principio de la apertura internacional.

Los principios, que, junto con las reglas, componen una constitución, representan la “puerta por la cual los valores pasan del plano ético para el mundo jurídico”<sup>23</sup>. Es decir, ellos son los reflejos de concepciones y valores fundamentales acreditados en una sociedad, que, confieren la estructura de todo el sistema jurídico. En el análisis propuesto por este artículo interesa un

---

17 En la Constitución brasileña: “Art. 5º XXV. la ley no excluirá del de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho”. Esta prescripción es reafirmada en el Código de Proceso Civil, artículo 3º: “No se excluirá de la apreciación jurisdiccional amenaza o lesión a derecho”.

18 Art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

19 La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, por ejemplo, manda los Estados que la firmaran, “Art. 9º: Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

20 BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 198.

21 S. v. Lawrence, S. v. Negal, S. v. Solberg (4) SA 117,1223 (1997).

22 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005, p. 78.

23 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo-SP: Saraiva, 2018, p. 241.

principio, en particular: el principio de la apertura internacional.

El principio de la apertura internacional es típico de las democracias liberales contemporáneas. Por él, se puede inserir el Estado en la comunidad de las naciones, “aceptando las dimensiones fácticas y jurídicas de la interdependencia internacional”<sup>24</sup>. El principio presupone, también, “la apertura de la constitución que deja de tener la pretensión de fornecer una estructura regulatoria exclusiva y totalizante fundada en un poder estatal soberano para aceptar los cuadros ordenadores de la comunidad internacional”<sup>25</sup>. Es, por consiguiente, la “afirmación del derecho internacional como derecho propio del país y el reconocimiento de algunos de sus principios o reglas como medida de justicia, vinculativa del propio orden jurídico interno”<sup>26</sup>.

La Constitución, como resultado, actuará en dos actividades al mismo tiempo: ella lanza el Estado al ámbito internacional y recibe las disposiciones foráneas en su interior. Es un hecho de doble consecuencia. El Estado deja su monopolio reglamentar y político para aceptar lo alienígena, compartiendo los principios generales de la comunidad de Estados. La justicia pierde su carácter doméstico y gana molduras internacionales. Así, lo que era considerado justo a nivel estatal podrá no ser cuando comparado al nivel de la comunidad de naciones. No obstante, se cuestiona cuál serían las consecuencias para los tribunales y miembros del Poder Ejecutivo. Como se ha señalado, los agentes del Poder Ejecutivo actúan, en ámbito político, con amplio margen de discrecionalidad, mismo en relación a las disposiciones constitucionales. ¿Qué, a final, aportarían los tribunales estatales a la ciudadanía mercosureña? Las diferencias entre los dos poderes del Estado demuestran aptitudes y potenciales del Poder Judicial frente al Ejecutivo en el tratamiento de los extranjeros, tema fundamental para la consolidación de una ciudadanía regional.

En primer lugar, los tribunales están atados a la aplicación de la ley, que, ahora recibe nuevos paradigmas internacionales. La consecuencia es que, al interpretar un sencillo contrato de alquiler, por ejemplo, un tribunal estará obligado, no solo, a hacerlo según los dictámenes de la legislación civil, sino con referencia a los derechos humanos y derechos originales del proceso de integración.

Hay que mencionar, además, otra diferencia entre las actuaciones del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, sobre el tratamiento del extranjero. Aunque el abrigo de los tribunales siempre esté disponible a los inmigrantes, su vida es, básicamente, disciplinada por el Poder Ejecutivo. De acuerdo con esa constatación, se podría mencionar que dos hechos de mucha importancia en la vida de los extranjeros es objeto de competencia de los órganos administrativos: la entrada y salida compulsoria de los extranjeros. En suma,

---

24 Canotilho, Joaquim G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

25 Id. p. 369.

26 Id. p. 369.

el Poder Ejecutivo suele tratar nacionales y extranjeros de forma distinta.

Otra diferencia entre las actuaciones de los Poderes, se refiere a la publicidad de sus manifestaciones. Las decisiones judiciales son accesibles a un largo público. Aunque las decisiones originadas de órganos del Poder Ejecutivo poseen una publicidad menor. Los medios de publicación de las decisiones ejecutivas son diferentes y, generalmente, destinados y comprendidos solamente por los ciudadanos locales. Las decisiones judiciales, por el contrario, son publicadas y comentadas por una pluralidad de personas, en ámbito doméstico como en los estudios y artículos académicos, o, en ámbito internacional, como en los estudios del derecho comparado. El efecto es que el extranjero posee mayor conocimiento de las decisiones judiciales que de las administrativas.

En algunos casos, la acción de los órganos del Poder Ejecutivo puede ser objeto de análisis y control del Poder Judicial, a final, las puertas de los tribunales, por imposición de los textos constitucionales y por principio del Estado de Derecho, están abiertas a todos. La hipótesis más común se refiere al tratamiento discriminatorio entre nacionales y extranjeros. Ocurre que, en estos casos, los tribunales suelen acatar las interpretaciones e imposiciones de los órganos del Poder Ejecutivo, del Ministerio de Relaciones Extranjeras o de la Policía Federal, por ejemplo, en el caso de concesión del refugio o asilo. Es en esa ocasión que la actuación del Poder judicial demuestra su debilidad, su deficiencia: la deferencia o cortesía a las afirmaciones del Poder Ejecutivo. Este es el principal obstáculo al papel de los tribunales estatales en la integración regional, como MERCOSUR.

El razonamiento de la deferencia a las interpretaciones de los órganos ejecutivos suele causar divergencia entre los expertos. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos tuvo que decidir sobre la valoración de la interpretación de los órganos ejecutivos en al fallo *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*<sup>27</sup>, en 1984. La Corte falló que delante una ambigüedad de un estatuto que se refiera a la competencia de una agencia administrativa, los tribunales deben “primero, siempre, cuestionarse si el Congreso ha se expresado directamente sobre el tema preciso”. En este caso, “si la intención del Congreso es clara, es, en definitivo, el final del problema; la corte, así como la agencia, deben aplicar la intención precisa del Congreso”<sup>28</sup>. La decisión de la Suprema Corte, en otras palabras, requiere que, frente a una disposición legal ambigua y que se refiera a alguna prescripción de un órgano del Poder Ejecutivo, es esta la interpretación que prevalecerá. Se trata, como resultado, de la deferencia o cortesía a la interpretación del Poder Ejecutivo. El tribunal se abstiene de su natural tarea de interpretar la ley. Esa es una característica de un Estado reglador en que se crean, de forma creciente, un gran número de agencias reguladoras y de órganos subordinados a la administración pública. El Poder Ejecutivo se agrande en el Estado.

---

27 467, U.S. 837 (1984).

28 Ibid.



La opinión de la Corte norteamericana no está inmune a críticas. El juez norteamericano Antonin Scalia atenúa, de cierta forma, la decisión del tribunal. Según el juez, la palabra “deferencia” no significa, necesariamente, nada más que considerar estas opiniones con atención y profundo respeto, antes de rechazarlas<sup>29</sup>. Otros eruditos, en cambio, se manifiestan contrarios a la deferencia argüida por la Suprema Corte norteamericana. El juez Anthony Kennedy consideró en *Pereira v. Sessions*, que “la deferencia a una interpretación de una agencia “es problemática”<sup>30</sup>, y “cuando la deferencia es llevada a cabo para otras cuestiones de interpretación de estatutos, como en una interpretación de una agencia sobre una disposición que se refiere a su propia competencia, es más problemático aun”<sup>31</sup>. De donde resulta que la deferencia “debe estar en conformidad con el principio constitucional de la separación de poderes y con la función y atribución del Judiciario”<sup>32</sup>.

La deferencia es consecuencia del Estado administrativo. No obstante, se debe cuestionar qué consecuencias provocaría a los extranjeros, principalmente entre los Estados de MERCOSUR. Es necesario recalcar que MERCOSUR es un bloque económico en el cual las decisiones y la conducción política son llevadas a cabo por miembros del Poder Ejecutivo. Poco es dejado en las manos de los jueces, y, casi nada, cabe a los individuos, considerándose un déficit democrático<sup>33</sup>. Por consiguiente, todos los principios establecidos en el Estatuto de la Ciudadanía mercosureña dependen de la actuación de los gobiernos domésticos. Hoy día, por lo tanto, son los Poderes Ejecutivos de los Estados Parte, los responsables por los obstáculos para el progreso de los derechos ciudadanos del bloque.

Varios de los derechos asegurados en el Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR ya se encuentran, sin embargo, asegurados por otros instrumentos legales del bloque. La libre circulación y residencia ya reconocida, aunque en carácter bilateral – es decir, válida solamente entre el Estado parte que autorizar la residencia y aquel de origen del individuo – en los Acuerdos sobre Migración y Residencia de los Ciudadanos, desde 2002. Como se observará adelante, un nacional de uno de los Estados parte del bloque que se depare con la denegación de ese derecho, podría, en tesis, accionar el Poder Judicial. Este, por su vez, difícilmente impondrá su propia decisión, sino deferirá a la interpretación del Poder Ejecutivo, ya que es ejecutiva la competencia de otorgar los permisos de residencia.

Lo añadido hasta ahora, sin embargo, requiere algunos cuestionamientos importantes: a final, ¿cuál es la diferencia entre una interpretación llevada

---

29 SCALIA, Antonin. Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law. *Duke Law Journal*, 1989 (3), 511 – 521. p. 513-514.

30 138, S. Ct. 2015 (2018) en 2120.

31 Ibid. p. 2120.

32 Ibid. p. 2121.

33 El Protocolo Consultivo del MERCOSUR de 9 de diciembre de 2005, el Parlamento del bloque debería ser formado por el voto directo, secreto y universal a partir de 2011. Hasta el momento, solo Paraguay eligió sus representantes. El Parlamento es aun un proyecto futuro.

a cabo por un órgano del Poder Ejecutivo y otra realizada por un tribunal? ¿Cuál son, en definitiva, los peligros de la deferencia a las interpretaciones del Ejecutivo? El gran problema de una interpretación realizada por un representante del Poder Ejecutivo es una característica compartida por todas las interpretaciones: una interpretación depende mucho más del grupo que la elaboró que del texto que la originó. Nada limita la interpretación sino las propias personas inseridas en ese grupo. Estas verdaderas comunidades “son compuestas de aquellos que comparten estrategias de interpretación, no en el hecho de leer (en sentido convencional), pero para escribir textos, para construir sus propiedades y dirigir sus intenciones”<sup>34</sup>. La consecuencia es que “estrategias existen prioritariamente al hecho de leer y, en conclusión, determinan la forma de lo que es leído”<sup>35</sup>. El Poder Ejecutivo suele razonar en números, en ahorro de recursos escasos, mientras que, el Poder Judicial, en cambio, considera los derechos fundamentales y humanos como punto de partida para cualquier decisión que le compete. Esta es la diferencia. Las actuaciones del primero suelen, por veces, ser contrarias a las exigencias esperadas para el desarrollo de la integración regional, porque, como señalado, sus necesidades y principios son distintos.

El carácter intergubernamental del MERCOSUR como existe hoy día deposita en las manos del Poder Ejecutivo grandes responsabilidades para la conducción de los derechos expresos en el Estatuto del Ciudadano. Se puede afirmar que “cuando las democracias liberales ratifican tratados de derechos humanos, ellas, típicamente, no visan cambiar sus propios comportamientos”<sup>36</sup>. Estos Estados se vinculan a los tratados cuando sus comportamientos coinciden con lo manifestado en estos acuerdos. Ellos no asumen compromisos nuevos; solo ratifican los pre-existentes. Un tribunal, sin embargo, probablemente, consideraría otros factores como las normas de *jus cogen*, principios generales, la costumbre o, incluso, decisiones de otros tribunales extranjeros para tutelar determinado derecho de un ciudadano del bloque.

Adelante, se analizarán las consecuencias del carácter intergubernamental del MERCOSUR y de la deferencia a las interpretaciones llevadas a cabo por los Poderes Ejecutivos de los Estados Partes, en contraste con las decisiones de los tribunales nacionales.

#### **4. LA LIBRE RESIDENCIA EN EL MERCOSUR**

El libre establecimiento de residencia es uno de los pilares de la integración regional. Bajo su abrigo está el ideal primero de la libertad de circulación de los individuos. No se podrá cogitar una ciudadanía mercosureña sin garantizar a su pueblo que se comuniquen y que se conozcan.

---

34 FISH, Stanley. *Interpreting the Variorum. Critical Inquiry*, 2 (1), 1976. p. 483.

35 *Id.* p. 483.

36 POSNER, Eric. *The Twilight of Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 59.

Sin el intercambio no habrá integración y, tampoco, podrá postularse una nacionalidad. El Estatuto de la Ciudadanía de MERCOSUR, por consiguiente, prescribe la unión de esfuerzos de los Estados Partes para asegurar a sus nacionales la libre circulación (art. 2º), y, expone la necesidad de facilitar el tránsito entre fronteras del bloque (art. 3º). Hay que mencionar, además, que se busca consolidar acuerdos pasados, pero aún vigentes, como el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR.

El Acuerdo sobre residencia presenta una serie de garantías para que los nacionales puedan fijar residencia en un país diferente del suyo. Se prescribe que los inmigrantes tendrán derecho a utilizar una residencia temporaria (art. 4º), o mismo permanente (art. 5º), en el país que desean, mediante la presentación de algunos documentos en el órgano competente del Estado Parte. Una vez inseridos en un territorio nacional, los extranjeros disfrutarán los mismos derechos que un nacional, vedada cualquier discriminación. La duda argüida sobre el acuerdo reside en su propia naturaleza: como es un acuerdo internacional – un tratado internacional – sus prescripciones solo producen efectos para los Estados Partes que lo firmaran. Para el Estado faltante no habrá la responsabilidad de permitir que nacionales de otros miembros fijen su residencia en su territorio. La libre circulación y, por consiguiente, la libertad de residencia, son dependientes del albedrío del Estado de firmar y ratificar el acuerdo.

Otro problema que merece atención es el criterio de la igualdad entre extranjeros y nacionales. Sobre este tema, el gran actor responsable por asegurarla es, sin duda, el Poder Judicial. Es a través de los tribunales domésticos que los extranjeros, una vez violado el tratamiento igualitario, deberán argumentar. Ocurre que, como dicho anteriormente, los tribunales están expuestos a los efectos perniciosos de la deferencia a las decisiones o interpretaciones del Poder Ejecutivo. En un fallo, la Suprema Corte brasileña tuvo que decidir sobre la igualdad de tratamiento entre nacionales e inmigrantes, sin embargo, su respuesta es ejemplo de deferencia a los órganos administrativos y evidente obstáculo a la integración. En este ejemplo, un inmigrante, nacional de un Estado Parte de MERCOSUR, auto-declarado pobre, tuvo que soportar los costes de la emisión de un nuevo documento de identificación para extranjeros, lo que sería gratuito para un brasileño en idéntica situación<sup>37</sup>.

Aunque el propio Acuerdo sobre residencia autorice el cobro de tasas para la concesión de documentos (art. 4º, 1, “g”), como en la hipótesis del permiso de residencia, este acto debería ser banido por los órganos administrativos del Estado o, mismo, por los tribunales. En un juzgado constitucional se requiere siempre ponderar valores importantes, en el caso, de un lado, la integración, la capacidad contributiva del inmigrante, la igualdad entre nacionales y extranjeros, y, por otro lado, la aplicación estricta de las leyes que exigen el cobro de tasas del Poder Ejecutivo. Son

---

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. nº 1174571/SP. Rel. Min. Cármen Lúcia. j. 27.11.2018.

decisiones que no pueden ser postergadas para un futuro incierto. Como se ha dicho otrora, la integración necesita de la autonomía del Poder Judicial, para decidir sin preocuparse por las políticas momentáneas del Ejecutivo: mientras los planes políticos cambien según conveniencia y oportunidad a lo largo de los gobiernos, la integración es un proyecto permanente. Mismo que las Constituciones afirmen la independencia entre los Poderes, es imperativo consolidarla en la realidad de los juicios.

La comparación con el modelo de integración europeo es inevitable. A final, se trata de un proyecto exitoso, hasta el momento, de integración regional. En un fallo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denegó el pedido de extradición de un nacional de Argelia, que vivió toda su vida en Francia, mismo no siendo nacional de este país. Según afirmó el tribunal, todo el centro de su vida estaba en Francia, sus amigos, su familia, su trabajo, se trataba, en definitiva, de una “nacionalidad efectiva”. En decisión concurrente, el juez Martens ha señalado que: “la mera nacionalidad no constituye una justificativa objetiva y razonable para la existencia de una diferencia en la posibilidad de la expulsión de una persona que, en ambos los casos, puede llamarse de su “propio país”<sup>38</sup>. El tribunal desconsideró la deferencia a la demanda del Estado francés.

Aunque en el caso europeo, el tribunal atribuyó la calidad de nacional a un extranjero residente en el Estado Parte, el tribunal brasileño no supo reconocer las consecuencias exigidas del proceso de integración regional. Prefirió, en cambio, la deferencia a las decisiones de los órganos de la administración pública. Este es, además, un ejemplo de los efectos perniciosos de la deferencia a las interpretaciones del Poder Ejecutivo. En tratándose del libre ejercicio de trabajo, no obstante, las consecuencias no parecen ser diferentes.

## **5. EL LIBRE EJERCICIO DEL TRABAJO**

Otro pilar que sustenta la estructura de la integración regional, y, por consiguiente, la ciudadanía suramericana, es la libertad de ejercicio laboral en cualquier Estado Parte del bloque. Es el corolario lógico de la libertad de residencia y de la libre circulación de personas. Este tema no ha sido olvidado, sin embargo, por el Estatuto. Su art. 2° prescribe el objetivo de asegurar a los ciudadanos la igualdad de condiciones de acceso al trabajo. Para conseguir realizar esta tarea, el art. 5° manifiesta una serie de medidas, como la revisión de la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR, la creación de la Comisión responsable por esta materia, así como, el desarrollo de políticas regionales para la facilitación de la libre circulación de trabajadores. Constituye, además, uno de los diez ejes del Plan Estratégico, “asegurar el acceso al trabajo decente y a los Derechos de Previsión Social”<sup>39</sup>. Como ha

---

38 BELDJOUDI v. FRANCE. Aplicación 12083/86. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1992. p. 34.

39 MERCOSUR. Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR.

sido señalado, no obstante, en el bloque ya se encuentra en vigor algunas disposiciones sobre este tema.

La Declaración Socio Laboral, de 2015, en su art. 4º, consagra el principio mayor, en lo que se refiere a la integración regional: la obligación del tratamiento igualitario entre los nacionales de los Estados Partes. El dispositivo jurídico ratifica el art. 9º, numeral 3, del Acuerdo sobre Residencia. Como todo tratado internacional, sin embargo, ha sido disminuido y restringido por legislaciones internas de los Estados Partes. La igualdad presupone, por lo menos, una igualdad formal, “la noción según la cual todos los iguales deben ser tratados igualmente”<sup>40</sup>, de donde se infiere que, todos los nacionales de los Estados del bloque deben, por pertenecer a una misma clase – los ciudadanos de MERCOSUR – ser tratados igualmente. No obstante, cuando se trata de trabajo, eso no se verifica en la realidad.

El ejercicio de algunas profesiones exige el grado, o mismo postgrado, en instituciones de enseñanza superior. Ocurre que, para ejercer, en definitiva, algunas profesiones, las legislaciones de los Estados Partes suelen exigir la revalidación del título otorgado al profesional. En el bloque, algunas disposiciones normativas afirman la necesidad de revalidación de los diplomas, como el Protocolo de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de Nivel Primario y Medio no Técnico (Decisión CMC N° 04/94). En Brasil, no obstante, los tribunales suelen decidir que la norma mercosureña no exime los postulantes del proceso de acreditación de títulos comunes a todos, por las instituciones superiores de enseñanza<sup>41</sup>. Si es uno de los postulados de la integración regional el intercambio entre sus ciudadanos, los fallos brasileños suelen poner obstáculos a su efectiva concretización.

En Argentina, todavía, los jueces ya se disponen, al menos, a considerar la equivalencia de certificados. En una decisión<sup>42</sup>, de la Suprema Corte de la Nación, aunque en una consideración hipotética, se señaló que:

Por cierto, tal voluntad del gobierno federal armoniza con la creciente liberalización de la prestación de los servicios en el espacio integrado por los países signatarios de los acuerdos del MERCOSUR, a los que, por lo demás, alude la norma reglamentaria impugnada (considerando vigésimo primero); ello implica, necesariamente, la atenuación progresiva -y en algunos casos, la eliminación lisa y llana- de las restricciones administrativas y económicas que, en cada país adherente, afectan el ejercicio de las profesiones liberales. La tendencia

---

40 ROSENFELD, Michel. Towards a Reconstruction of Constitutional Equality. In: M. Rosenfeld, N. Dorsen, A. Sajó & S. Baer (Eds.), *Comparative Constitutionalism, Cases and Materials* (pp.670 – 674). St. Paul, MN: West, 2003, p. 670.

41 Un ejemplo es el fallo del TRF4, AC 5023153-28.2010.404.7000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 10/08/2012.

42 ARGENTINA. Baca Castex, Raúl Alejo c/ C.P.A.C. F. s/proceso de conocimiento; B. 69. XXXIII. Corte Suprema de la Nación, p. 33.

apuntada se manifiesta, entre otros aspectos, en la iniciativa de fijar pautas para el reconocimiento y la reválida de títulos profesionales sobre la base de un tratamiento igualitario -tal el caso del protocolo de integración educativa para la prosecución de estudios de postgrado en las universidades del MERCOSUR y el que se refiere a la reválida de diplomas, certificados, títulos y reconocimiento de estudios de nivel medio técnico.

Los fallos demuestran una diferencia de trato y de interpretaciones llevadas a cabo por tribunales de dos Estados Partes. Se cuestiona si el tratamiento otorgado a los certificados no merecería la misma consecuencia que es dada a las sentencias arbitrales en el bloque: reconocimiento automático y libre tránsito.

## 6. EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO EN EL MERCOSUR

La otorga de la nacionalidad, como se ha analizado, es de competencia exclusiva de los Estados. Estos determinan en sus Constituciones la forma de adquisición y, por consiguiente, las causas de su pérdida. Bajo los principios de Derecho Internacional Público, los límites impuestos a los Estados son, prácticamente, inexistentes. Sin embargo, en la literatura jurídica, hay expertos que señalan que, aunque, en este artículo, se haya tratado ciudadanía y nacionalidad como sinónimos<sup>43</sup>, son, en realidad dos institutos distintos. La nacionalidad sería el vínculo político entre el Estado y el individuo, adquirida bajo la manifestación de dos criterios – *jus soli* o *jus sanguinis* -, o bajo una combinación de ellos. Ambos criterios, no obstante, presentan ventajas y desventajas, y, por consecuencia, los Estados suelen combinarlos según las hipótesis que les convienen.

Uno de los objetivos del Estatuto suramericano es desarrollar, progresivamente, el “establecimiento de derechos políticos, de acuerdo con las legislaciones nacionales que reglamenten su ejercicio, en favor de los ciudadanos de un Estado Parte del MERCOSUR”, como apunta el art. 11.1. Además, adoptando o no los conceptos de nacionalidad y ciudadanía como sinónimos o antónimos, la ciudadanía sería una consecuencia de la nacionalidad, o sea el nacional tendrá derecho a la participación política en el Estado o, en el caso, en MERCOSUR. Hasta el momento, los individuos no pueden acceder a la Comisión de Comercio, al Grupo Mercado Común o al Parlamento. La pregunta que se pone es, en el presente estado, ¿qué mecanismos podrían emplear para llevar a cabo sus demandas? Hay que cuestionar, asimismo, si podrían los órganos jurisdiccionales estatales ayudar en esta tarea. En Brasil, los tribunales ofrecen respuestas a estos cuestionamientos.

---

43 Tal vez, sea típico de la lengua inglesa que suele emplearlos como sinónimo. Según añade el Diccionario Black: “1. Nation. 2. The relationship between a citizen of a nation and the nation itself, customarily involving allegiance by the citizen and protection by the state; membership in a nation. This term is often used synonymously with citizenship” (2009, p. 1123).

La Constitución brasileña, aliada a las interpretaciones de los tribunales ilustra una evidencia positiva. Tradicionalmente, a los extranjeros es negada la participación en la vida política del Estado donde se fijaron<sup>44</sup>. Un extranjero, a menos que se naturalice, no puede ejercer determinados cargos, incluso puestos políticos. Sin embargo, la ciudadanía, como expresión de civismo y patriotismo es más que mero gozo de derechos políticos. Está relacionada a los sentimientos de pertenencia que un extranjero adquiere después de largos periodos de residencia en el país.

La Constitución brasileña, en el artículo 5º, LXXIII, prescribe que cualquier ciudadano podrá proponer una “*ação popular*”<sup>45</sup>, con en intuito de anular acto lesivo al patrimonio público o a alguna entidad que tenga participación del Estado, cuando dañe la moralidad administrativa, el medio ambiente, o, el patrimonio histórico y cultural. Se trata de un ejercicio de la ciudadanía en su dimensión mayor. ¿Sería posible, entonces, un extranjero ser parte legítima en este tipo de procedimiento judicial? La respuesta parece ser positiva, aunque, de forma concreta nadie la haya intentado.

La Suprema Corte brasileña demostró indicios sobre la posibilidad de extranjeros pleitear el cumplimiento de derechos públicos frente a los tribunales estatales. Según la decisión del Habeas Corpus N° 72391-8/DF, en 1995, “es incuestionable el derecho de súbditos extranjeros ajuciar, en causa propia, pedido de habeas corpus”<sup>46</sup>, porque “ese remedio constitucional - por cualificarse como verdadera *ação popular* – puede ser utilizado por cualquier persona, independientemente de la condición jurídica resultante de su origen nacional”<sup>47</sup>.

El fallo demuestra que no es necesario ser nacional de un Estado para manifestar ideales políticos en él, y, más aún, que no dañaría el Estado o su soberanía, escuchar las manifestaciones de un foráneo. Es un ejemplo, además, de cómo los tribunales pueden ser empleados para corregir el déficit democrático de la integración regional. Se trata, además, de la más alta y noble manifestación del principio de la solidaridad: en interés de un extranjero en proteger el Estado de acogida.

---

44 Aunque exista un mínimo de derechos asegurados a los extranjeros como “el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad, padrones de tratamiento humano, procesos legales en caso de detención, el derecho de acceso ilimitado a los tribunales, la protección a la vida y la libertad contra acciones criminales, y, la prohibición del confisco, etc.”, sin embargo, “los derechos políticos y la participación de extranjeros pueden ser restringidos” (Hailbroner & Gogolin, 2013, p. 9).

45 “*Ação popular*” es un mecanismo procesal. Como señala Hely Lopes Meirelles, “es un instrumento constitucional disponible a cualquier ciudadano para invalidar hechos o contratos administrativos – o a ellos equiparados – ilegales y lesivos al patrimonio federal, departamental y municipal”. MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 85.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. del Habeas Corpus n° 72391-8/DF, en 1995. p.1

47 Ibid. p. 1.

## 7. CONCLUSIONES

El Estatuto de la Ciudadanía de MERCOSUR representa una respuesta a un problema antiguo. El bloque, originalmente, fue concebido con fines comerciales, como una medida de desarrollo económico de los Estados Partes. La madurez, todavía, adquirida a lo largo de su existencia, exigió que se buscara, también, la integración de políticas sociales. A final, no se puede integrarse económicamente y olvidarse del actor que la torna posible: el individuo.

La ciudadanía mercosureña, todavía, mismo con todos los esfuerzos para su concretización – en Plan Estratégico de Acción Social es un ejemplo – no son suficientes para llevarlo a cabo. El principal obstáculo reposa en la propia estructura del bloque. El carácter intergubernamental, dependiente del asentimiento de los Estados Partes, impide avances de su concretización. Los Estados, como afirmado, suelen firmar tratados cuyas prescripciones ya son comportamientos habituales en su territorio. No suelen, en suma, obligarse a nuevos comportamientos. Si los Estados Partes, por medio de sus Poderes Ejecutivos, no son capaces de asegurar la ciudadanía suramericana, resta a los tribunales domésticos esta tarea. Como demostrado en este artículo, tal tarea podría ser cumplida con determinado grado de éxito.

Los Poderes Judiciales ya están habituados al foráneo: aplican derecho extranjero y consideran sus decisiones cuando fallan. El único obstáculo es el peligro a la deferencia a las decisiones e interpretaciones elaboradas por órganos administrativos. La libertad de residencia, el libre ejercicio de un trabajo y la corrección del déficit democrático en MERCOSUR son requisitos para la concretización de su ciudadanía. En los primeros, los tribunales no supieron, aun, interpretar conforme la integración regional. Prefirieron deferir a las opiniones de los órganos administrativos. En la libertad de residencia, el tribunal europeo debe ser el ejemplo a ser seguido, así como el argentino, cuando se tratar de reconocimiento de certificados académicos, necesario al desempeño del trabajo. Cuanto al déficit democrático, permitir que un inmigrante defienda los intereses nacionales del Estado donde decidió fijar su residencia, es un gran ejemplo que sirve a todos los Estados Partes. Es, además, la evidencia mayor de la asimilación del foráneo a las costumbres y valores locales.

Los tribunales son y pueden desempeñar un papel más activo, sino principal, en el proceso de integración regional. Serán ellos a asegurar la libertad de residencia, el libre ejercicio de trabajo y la corrección del déficit democrático. Son ellos que garantizarán la ciudadanía mercosureña.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDR, Hannah. *Men in Dark Times*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1970.

BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.



BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo-SP: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, Joaquim G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford University Press, 2005.

FISH, Stanley. *Interpreting the Variorum*. *Critical Inquiry*, 2 (1), 1976, pp. 483.

HAILBRONNER, K.; GOGOLIN, J. *Aliens*. In: *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*. Disponible en: <<http://opil.ouplaw.com>>. Acceso en: 20 enero 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. São Paulo: Malheiros, 1990.

POSNER, Eric. *The Twilight of Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

ROSENFELD, Michel. *Towards a Reconstruction of Constitutional Equality*. In: M. Rosenfeld, N. Dorsen, A. Sajó & S. Baer (Eds.), *Comparative Constitutionalism, Cases and Materials* (pp.670 – 674). St. Paul, MN: West, 2003.

SACHAR, Ayelet. *Citizenship*. In: M. Rosenfeld & A. Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 1002 – 1019). New York: Oxford University Press, 2013.

SCALIA, Antonin. *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*. *Duke Law Journal*, 1989, vol 3, 511 – 521.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005.



## **The contribution of the courts of the states of MERCOSUR in the development of the statute of citizenship**

**Abstract:** The Statute of Citizenship of MERCOSUR was conceived as a response to the need of considering the individual as part of the process of regional integration, compromised by its intergovernmental character, based on the mutual agreement of its members, not always, is oriented toward integration. This article postulates a change of paradigms: from the political management of the Executive, to the protection of rights of the Judiciary. National courts are used to respect foreigners, to apply alien law, and, to consider foreign precedents. They can, therefore, strengthen the structure

which sustains MERCOSUR's citizenship: the freedom to establish residence, the free exercise of labor, and, the correction of the democracy deficit. The sole obstacle is the deference to the opinions and interpretations performed by the Executive. This article suggests that in this case there are still important judicial opinions, as those in the European Union, which must be followed, in addition, it is necessary the autonomy of national courts to build regional integration and, consequently, MERCOSUR's citizenship.

**Keywords:** Citizenship statute of MERCOSUR, Executive power, Judiciary, Deference.

## RESUMEN BIOGRÁFICO

*Victor Hugo Alcalde do Nascimento* es Abogado. Obtuvo el grado de Magíster en Derecho por la Universidade Estadual de Londrina. Es Secretario de la Comisión de Relaciones Internacionales de Ordem dos Advogados do Brasil, en la ciudad de Londrina-PR, Brasil.

## Los 30 años del MERCOSUR: retos, logros y el futuro de la integración regional

### Os 30 anos do MERCOSUL: desafios, conquistas e o futuro da integração regional

Raphael Carvalho de Vasconcelos\* 

**Resumen:** El presente ensayo no pretende aportar respuestas, sino plantear interrogantes y provocar reflexiones sobre el pasado, los retos, los logros y respecto al futuro de la integración regional en América del Sur. En los 30 años del MERCOSUR, importa comprender que los desafíos políticos y económicos actuales son un ciclo más del proceso regional de integración. En la primera parte de este trabajo son identificados y señalados los elementos que garantizan al MERCOSUR su condición de sujeto de derecho internacional. Luego, los desafíos del proceso son presentados en una propuesta de análisis histórico descrita en fases y centrada en las dificultades para convertir el proyecto en un hecho concreto para las sociedades de los Estados miembros. Por fin, se busca demostrar la importancia del sistema de solución de controversias para profundizar la cooperación entre los Estados miembros de la organización.

**Resumo:** Este ensaio não pretende fornecer respostas, mas levantar questões e provocar reflexões sobre o passado, os desafios, as conquistas e o futuro da integração regional sul-americana. Nos 30 anos do MERCOSUL, importante se faz compreender que os desafios políticos e econômicos atuais são mais um ciclo no processo de integração regional. Na primeira parte deste trabalho, são identificados e apontados os elementos que garantem ao MERCOSUL sua condição de sujeito de Direito Internacional. Em seguida, os desafios do processo são apresentados em uma proposta de análise histórica descrita em fases e focada nas dificuldades de tornar o projeto concreto para as sociedades dos Estados membros. Por fim, busca demonstrar a importância

---

\* Universidad Estatal de Rio de Janeiro, Brasil.  
E-mail: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com  
Versión em portugués publicada en Brasil en el libro "MERCOSUL 30 Anos: Dilemas e Encruzilhadas Jurídico-políticas".  
Recibido: 31/30/2021. Aceptado: 20/04/2021.



do sistema de solução de controvérsias para aprofundar a cooperação entre os Estados da organização.

**Palabras clave:** MERCOSUR, Integración regional, 30 años.

**Palavras-chave:** MERCOSUL, Integração regional, 30 anos.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 26 de marzo de 2021, el Mercado Común del Sur –MERCOSUR– cumple 30 años. Se espera un número importante de producciones académicas para celebrar la fecha y describir la trayectoria de esa organización internacional. Serán muchos los artículos respecto a sus éxitos, sus fracasos, sus encrucijadas y, también, sobre sus retos y perspectivas actuales.

El presente estudio no pretende aportar respuestas, sino estrictamente plantear interrogantes y provocar una reflexión sobre el pasado y sobre los caminos disponibles para la integración regional en América del Sur.

En la primera parte y con un enfoque descriptivo, se presentan argumentos de que el MERCOSUR cumple con los requisitos tradicionales exigidos de una organización internacional y cuenta con un sistema de solución de controversias institucionalizado que garantiza el reconocimiento de su condición de sujeto de derecho internacional. En un segundo momento, una propuesta de abordaje histórico distribuida en ciclos políticos busca explicar los contextos que llevaron a las circunstancias actuales que desafían el proceso integrador.

Luego, la invisibilidad del MERCOSUR en sus logros y defectos busca traer reflexiones sobre la construcción de un sentimiento regional de pertenecer a un proyecto común. Finalmente, en la cuarta y última parte de este ensayo, se recupera la centralidad del sistema de solución de controversias para advertir que el desarrollo de la integración regional exige el enfrentamiento de las divergencias para la promoción de consensos.

## 2. UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE INTEGRACIÓN

Las organizaciones internacionales son (como los Estados y como las civilizaciones que las integran) proyectos inconclusos<sup>1</sup>. El diálogo, los movimientos políticos y los intereses convergentes (y también divergentes) son parte de la propia naturaleza de estos sujetos de derecho internacional.

El MERCOSUR, específicamente, tiene objetivos concretos de integración y forma parte del grupo de organizaciones internacionales que apuntan a la convergencia en los distintos niveles institucionales entre sus miembros. Este conjunto de organizaciones, de las que la Unión Europea sería la estructura más emblemática, se destaca de las organizaciones internacionales con objetivos menos ambiciosos, pero todas comparten

---

1 MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Os aspectos institucionais da integração latino-americana. *Revista de Informação Legislativa*, 1971, p. 74.

la necesidad de cumplimiento de determinados requisitos para el reconocimiento de su carácter de sujeto de derecho internacional<sup>2</sup>.

En este sentido, la doctrina tradicional señala que una organización sería reconocida como sujeto internacional de derechos y deberes cuando detectados tres elementos: la existencia de personalidad jurídica propia (tácita o explícita), un marco normativo específico (un sistema de derecho) y órganos autónomos con capacidad de decisión<sup>3</sup>.

Como se indicó en trabajos académicos anteriores, esos tres elementos no son suficientes para garantizar, sin embargo, la coherencia interna del derecho en estas estructuras y la existencia de un sistema institucionalizado para la solución de controversias se sumaría a los tres parámetros señalados anteriormente para caracterizar a estos entes como sujetos de derecho internacional<sup>4</sup>.

Las organizaciones de integración necesariamente cumplen con los cuatro requisitos y no lograrían profundizar su misión sin un tribunal o corte habilitado a garantizar la coherencia del derecho construido en sus procesos políticos de aproximación.

Una vez presentados e indicados los requisitos, los cuatro elementos son identificados en el MERCOSUR: la organización internacional cuenta con personalidad jurídica expresamente establecida por el Protocolo de Ouro Preto, cuenta con amplios y densos reglamentos que se caracterizan como un sistema de derecho y tiene órganos con poder de decidir y capaces de producir derecho secundario<sup>5</sup>. Además, y por fin, el MERCOSUR cuenta con un sistema de solución de controversias arbitral que establece una fase diplomática obligatoria, una fase política facultativa y una fase jurisdiccional dividida en una instancia ad hoc y en la posibilidad de revisión del laudo por un tribunal internacional con estructura permanente.

El MERCOSUR no es un bloque. El MERCOSUR es una organización internacional.

### **3. LAS FASES DEL MERCOSUR**

El intento de entender la historia del MERCOSUR como un proceso continuo es recurrente en la doctrina. La reunión de Asunción del 26 de marzo de 1991, el Protocolo de Ouro Preto y la entrada de Venezuela en 2012 son eventos muchas veces analizados en conjunto, como hechos históricos

---

2 ROLIN, Henri. Les principes de droit international public. *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, 1950, vol 77, pp. 305-479. pp. 322-323.

3 PODESTÁ COSTA, L. A. *Derecho internacional público – tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1955. pp. 57-58.

4 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Organizaciones internacionales y tratados asociativos: por una nueva clasificación de los sujetos de derecho internacional. *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, 2015, vol 3, p. 178-206, 2015.

5 Firmado en Ouro Preto em 17 de diciembre de 1994, aprobado por el congreso nacional brasileño por el decreto legislativo no. 188 de 15 de diciembre de 1995, texto publicado anexo al decreto ejecutivo no. 1901 de 09 de mayo de 1996 y vigente para Brasil el 16 de febrero de 1996, data del depósito de la carta de ratificación correspondiente.

sencillamente organizados en orden cronológico.

Los procesos de una organización de integración no deben ser comprendidos y observados en bloque sin que se consideren las idiosincrasias de los contextos políticos y sin que los impactos de esos movimientos en el derecho regional y en su institucionalidad sean de alguna manera individualizados y medidos.

Desde la perspectiva brasileña y sin tener en cuenta el momento histórico embrionario de los años ochenta, los 30 años del MERCOSUR pueden ser organizados lógicamente en tres fases/momentos principales: la fase inicial del ciclo liberal económico (entre 1991 y 2002); la fase del ciclo progresista (entre 2003 y 2015); y la fase contemporánea (el ciclo neutral)<sup>6</sup>.

Las circunstancias de 1991 –y personajes como Fernando Collor de Mello y Carlos Menem– remarcaban ese momento del MERCOSUR fundamentalmente vinculado al liberalismo económico y a sus movimientos de drástica reducción de la regulación económica a través de la intervención directa del Estado y de eliminación de aranceles y de barreras al comercio internacional<sup>7</sup>.

La agenda de integración económica, consolidada en el MERCOSUR, se convirtió en expresión internacional de un movimiento regional generalizado de políticas internas de reformas en las burocracias estatales y de apertura económica<sup>8</sup>. La creación de una organización internacional con el propósito de establecer una zona de libre comercio con el objetivo de convertirse futuramente en un mercado común era la contribución de los ministerios de relaciones exteriores a las transformaciones sociales y económicas de ese ciclo histórico, impulsado por la redemocratización de los Estados miembros fundadores y por la esperanza de superar la devastación económica de los años ochenta.

Los primeros 10 años del MERCOSUR fueron marcados por intensa producción normativa y por el fortalecimiento de la institucionalidad regional. La década de 1990, posterior a la guerra fría y al colapso de la Unión Soviética, produjo fuerte maduración de la institucionalidad del derecho internacional en su conjunto y los logros institucionales del MERCOSUR no pueden ser atribuidos únicamente a la mayor inclinación de los gobiernos de aquél entonces a cuestiones comerciales y económicas<sup>9</sup>. El *Zeitgeist* global favoreció ese movimiento regional.

6 Respecto a los antecedentes, LAFER, Celso. A OMC face à globalização e à regionalização. *Política Externa*, 1997, vol 6, n° 2, p. 83-93.

7 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

8 VASCONCELOS, Raphael Carvalho. A liberação do setor de Telecomunicações como opção política de regulação econômica. *Ética e Filosofia Política*, 2008, p. 01-17.

9 En artículos anteriores, la fuerte institucionalización del derecho internacional en la década de 1990 ha sido identificada como un aspecto importante de la historia del derecho internacional. Específicamente sobre el MERCOSUR: LEWANDOWSKY, Enrique Ricardo. *Globalização e soberania*. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI, Umberto. *Direito internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 295.

El ciclo económico liberal termina trágicamente para los cuatro Estados partes originarios del Tratado de Asunción. La fuga de capitales, el desempleo, el colapso socioeconómico, el default y la dependencia del Fondo Monetario Internacional –FMI– son algunos ejemplos del escenario caótico en el que se encontraba el MERCOSUR entre 1999 y 2002<sup>10</sup>.

Los procesos electorales de los primeros años del nuevo milenio han cambiado significativamente las perspectivas y las prioridades de la integración regional. Los objetivos políticos, previamente enfocados en temas comerciales y en la integración productiva, se trasladaron a las temáticas sociales, culturales y políticas. Durante ese período fueron creados órganos regionales como el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos –IPPDH– y el Instituto Social del MERCOSUR, –ISM– que señalan la expansión definitiva del propósito de la organización internacional a los temas no comerciales tal cuál sugerido en el preámbulo de la Tratado de Asunción<sup>11</sup>.

La centralidad de la integración política y social no significó, sin embargo, el abandono total del abordaje económico por la organización internacional. Sumase a ese contexto la fuerte apreciación de las materias primas en el mercado internacional, lo que permitió a los Estados miembros del MERCOSUR una sólida recuperación del anterior colapso de sus economías.

Hubo, en realidad, una suerte de conversión de la estrategia económica regional antes centrada en un modelo de acuerdo comercial centrado en tarifas y la facilitación de intercambios en una iniciativa más enfocada en la construcción de una política económico-comercial común.

En este sentido, un análisis que reduzca a los movimientos políticos del 2006 para el ingreso de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR al contexto político regional progresista y a una geopolítica ideológica parece superficial y equivocado<sup>12</sup>. Como se mencionó anteriormente, el modelo económico liberal de facilitación del comercio había sido reemplazado por un enfoque político-económico centrado en la construcción de una estrategia regional para operar en el mercado global.

Comercialmente, el ingreso de Venezuela representaba para Brasil y Argentina el acceso a un mercado consumidor sumamente dependiente de la importación de productos básicos industrializados financiado por un modelo económico enfocado en la extracción y en la exportación de petróleo y de sus derivados. Los que simplifican el contexto de esos años a una “acción entre amigos” progresista desconoce el backstage de las negociaciones y

---

10 Sobre los años 1990, “Memoria del Saqueo” de Pino Solanas, disponible integralmente en youtube.

11 Firmado en 26 de marzo de 1991 en Asunción, capital de la República del Paraguay, aprobado por el congreso nacional brasileño por el decreto legislativo no. 197 de 25 de septiembre de 1991, texto publicado anexo al decreto ejecutivo no. 350 de 21 de noviembre de 1991 e internacionalmente vigente, conforme disposiciones de su artículo 19, el 29 de noviembre de 1991.

12 Concluido de forma polémica en 2012, pero nunca finalizado totalmente y, en 2017, interrumpido.

la oportunidad que representaba para el MERCOSUR sumar un mercado consumidor de 27 millones de personas a la organización internacional.

Otro aspecto que va más allá de las simplificaciones se refiere específicamente a los intereses geopolíticos brasileños. Además de Brasil, Venezuela es el único Estado latinoamericano que, al menos desde la década de 1990, tiene una diplomacia extrarregional activa, regular y bien estructurada. Para el Itamaraty parecía fundamental mantener una cancillería con ese perfil cercana y cooperativa y tratar de someterla, por ejemplo, a intermediarios en las relaciones con Rusia y China en el contexto de los BRICS.

El plan fue un éxito hasta la crisis internacional de 2008 y sus efectos en los años siguientes. La devaluación de las materias primas en el mercado internacional tuvo un impacto negativo en todas las economías de la región. El derretimiento del precio del petróleo ha comprometido no solo la incorporación de Venezuela al proyecto regional común, sino que también ha frustrado el futuro que se anunciaba para las reservas offshore brasileñas<sup>13</sup>.

La escasez económica cambió el panorama político regional y la oposición, rescatando el discurso económico liberal de los noventa, volvió al poder en Argentina en las urnas en 2015 y en Brasil en 2016, inaugurando el actual ciclo histórico del MERCOSUR.

El MERCOSUR contemporáneo no puede ser tampoco reducido a arquetipos políticos sencillos. La tensión entre gobiernos de diferentes orientaciones ideológicas que se alternan en este nuevo período - en Argentina y Brasil a partir de 2019 y en Uruguay en 2020<sup>14</sup> - no explica completamente la ausencia de perspectivas de este nuevo ciclo.

La crisis que afectó a las economías maduras en 2008 y a los mercados emergentes desde 2013 no ha sido superada y se profundizó durante la emergencia sanitaria que remarca el aniversario de 30 años del MERCOSUR. Las propuestas económicas liberales volvieron con bastante fuerza al consenso mediano de las sociedades, pero enfrentan obstáculos, más circunstanciales que sociopolíticos, y son claramente más convincentes para los jóvenes que no vivieron en la década de los 90 y a los no tan jóvenes que no la comprendieron bien.

Al escenario actual de congelamiento estructural se suman las incertidumbres. Pero a pesar de ese sentimiento disociativo generalizado, la integración regional sigue inevitable. La proximidad geográfica, las simetrías sociales y culturales y los desafíos económicos son muy similares y la cooperación se fortalecerá nuevamente en tiempos más favorables.

Lo inevitable es paciente y resistirá.

---

13 El precio del barril de petróleo pasó de US\$ 100 a US\$ 40.

14 Paraguay fue precursor de este movimiento en 2012 y Venezuela permanece en un contexto sin cambios.



#### 4. EL MERCOSUR INVISIBLE

“¡Pero el MERCOSUR no existe!”, dicen algunos.

Ese debate puede parecer en muchas ocasiones agotador, pero es bastante necesario. El reduccionismo mencionado anteriormente respecto al ingreso de Venezuela al MERCOSUR es un ejemplo menos serio de la relación que el brasileño en general –incluso en el ámbito académico– tiene con la organización de integración regional.

La sociedad brasileña no conoce el MERCOSUR y tiene una percepción muy etérea de sus beneficios y de las oportunidades que la iniciativa representa. Paraguayos, uruguayos y argentinos tienen frecuentes referencias al MERCOSUR en los medios de comunicación de sus países y en los planes de acción de sus gobiernos.

Este menor interés general de Brasil por la integración regional puede justificarse, en estricto análisis deductivo, por la oportunidad que el mercado consumidor brasileño representa en términos de escala para sus vecinos y refuerza la idea de que, para Brasilia, el MERCOSUR sería mucho más un proyecto político que utiliza las herramientas comerciales disponibles.

Además de esta posible explicación, existen varias estructuras y mecanismos regionales que están muy presentes y visibles en ciertos lugares y completamente desconocidos en otros. El Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR –FOCEM, por ejemplo, a pesar de recibir el 70% de sus recursos de Brasil, destina el 48% de los montos a Paraguay y el 32% a Uruguay<sup>15</sup>. Consideradas esas circunstancias y las dimensiones territoriales de los dos mayores beneficiarios del FOCEM, es absolutamente natural que el fondo sea conocido en Asunción y totalmente ignorado en Río de Janeiro.

La adopción de la “patente MERCOSUR” para las licencias automotrices puede ayudar a cambiar esa realidad y generar un sentimiento más fuerte de pertenencia al proyecto regional<sup>16</sup>. En el 30 aniversario del MERCOSUR, el nuevo formato de patentes aún se encuentra en transición, pero pronto será posible medir el impacto de esta uniformidad en la percepción general de los pueblos de la región como participantes de un proyecto común más amplio.

La invisibilidad del FOCEM en Brasil y los efectos de la licencia automotriz única en el sentimiento de pertenencia son, sin embargo, ejemplos alegóricos de una integración productiva en construcción que, a pesar de ser profunda y sólida en algunas áreas, es invisible para las sociedades de la región. Un producto vendido en un supermercado uruguayo puede parecer completamente argentino, pero puede ocultar componentes e ingredientes paraguayos y brasileños en su proceso de producción.

Aún no se puede, sin embargo, señalar una plena integración productiva y argumentar el éxito festivo de nuestro proyecto regional. Los productores, industriales y proveedores aún enfrentan muchas dificultades para integrar sus cadenas productivas con socios regionales, pero algunas facilidades y

---

15 Disponible en: <https://focem.mercosur.int/pt/>

16 MERCOSUL CMC/52/2012.

beneficios existen y son aprovechados por los agentes económicos.

Sectores como el de las industrias automotriz y azucarera ponen a prueba la integración y transforman el espacio arancelario regional descrito por la doctrina mayoritaria como una unión aduanera imperfecta en una zona de libre comercio inconclusa. Describir el MERCOSUR actual como una unión aduanera imperfecta sugiere que la circulación de productos genuinamente locales ya se daría sin barreras y esa no es, sin embargo, la realidad de nuestro espacio comercial común.

La desinformación, la falta de transparencia de los obstáculos y la mala divulgación de los éxitos comprometen el prestigio de la organización internacional. Al cumplir 30 años, el MERCOSUR parece, a los ojos de sus pueblos, permanecer invisible tanto en sus éxitos como en sus desafíos.

## **5. LAS CONTROVERSIAS Y EL DESARROLLO DEL SISTEMA**

En las primeras líneas de este breve comentario, se mencionó la centralidad de los sistemas institucionalizados de solución de controversias para la caracterización de una organización internacional. En el MERCOSUR, esa exigencia se ve reforzada por los objetivos de integración que le imponen a la organización contornos jurídicos y normatividad aún más relevantes para garantizar la coherencia del derecho común.

En la división histórica propuesta en ciclos, toda la estructura actual del sistema regional de solución de controversias se desarrolló en el período inicial de la organización. Eso se afirma no solo por la gran cantidad de controversias llevadas a arbitraje en esos años, sino principalmente porque el marco jurídico actual del sistema es, fundamentalmente, el Protocolo de Olivos de 2002.

Existen argumentos para justificar que la fase progresista del MERCOSUR no utilizó sustancialmente el mecanismo de controversias porque los Estados involucrados solucionaban sus desacuerdos en las negociaciones diplomáticas obligatorias establecidas en Olivos. Los académicos pueden, también en ese contexto, incluso señalar que el Laudo 01/2012 ha sido el pronunciamiento jurisdiccional más importante de la historia de la organización regional, pero una mirada atenta concluye que se hizo muy poco en esos años para fortalecer, mejorar y hacer más accesible el sistema de solución de controversias del MERCOSUR.

Las personas pueden, de hecho, acudir a su poder judicial y obtener pronunciamientos consultivos del Tribunal Permanente de Revisión –TPR– sobre el derecho aplicado a sus situaciones específicas, pero el acceso de las personas a la modalidad contenciosa del sistema de solución de controversias del MERCOSUR está posicionado entre la ficción procesal internacional y la posibilidad –aparentemente remota en todos estos años– de protección diplomática.

El ciclo histórico contemporáneo no indica reacción jurisdiccional y la ausencia de conflictos llevados al sistema no es una buena señal de

la integridad del proceso de integración. La cooperación se construye con concordia, pero el consenso requiere conflictos que hagan a los acuerdos posibles. El desafío más grave del MERCOSUR en su trigésimo aniversario no es el de los flujos comerciales desafiados por una crisis sanitaria global, sino la ausencia de controversias que encuentren caminos políticos o jurídicos para llegaren a un arbitraje.

El rescate del MERCOSUR que queremos requiere no solo que tengamos desacuerdos, sino que encontremos soluciones para nuestras diferencias. Y a partir de esas soluciones podemos construir nuestra integración.

## **6. CONSIDERACIONES FINALES**

Es necesario celebrar el aniversario de 30 años del MERCOSUR. La integración regional entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay es un sobreviviente inevitable. Inevitable e irreversible. Los contextos políticos y económicos actuales son desafiantes, pero el MERCOSUR ha sobrevivido a la transición entre el liberalismo económico y el progresismo, ha resistido a las tensiones del 2012 y superará el momento actual.

En la primera parte de este trabajo fueron identificados y señalados los elementos que garantizan al MERCOSUR, como organización de integración regional, la condición de sujeto de derecho internacional. Luego, los desafíos del proceso fueron presentados en una propuesta de análisis histórico descrita en fases y centrada en las dificultades para convertir el proyecto en un hecho concreto para las sociedades involucradas. Finalmente, y en una modesta propuesta como punto de partida para un nuevo ciclo futuro, se buscó demostrar la importancia de movilizar el sistema de solución de controversias para profundizar la cooperación entre los Estados miembros de la organización.

El MERCOSUR es un sujeto de derecho internacional que se ha adaptado a los diferentes ciclos históricos de la región y que, confrontado con los obstáculos actuales, puede buscar en sus órganos jurisdiccionales el camino para construir la integración de los próximos 30 años.

El rinoceronte del sur, a veces invisible y oculto en nuestra imaginación, sobrevive.

Nuestra integración regional puede llevar tiempo, pero es inevitable.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

LAFER, Celso. A OMC face à globalização e à regionalização. Política Externa, 1997, vol 6, nº 2, p.83-93.

LEWANDOWSKY, Enrique Ricardo. Globalização e soberania. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI, Umberto. *Direito internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 295.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Os aspectos institucionais da integração latino-americana. *Revista de Informação Legislativa*, 1971.

PODESTÁ COSTA, L. A. *Derecho internacional público – tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1955. pp. 57-58.

ROLIN, Henri. Les principes de droit international public. *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, 1950, vol 77, pp. 305-479.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Organizaciones internacionales y tratados asociativos: por una nueva clasificación de los sujetos de derecho internacional. *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, 2015, vol 3, p. 178-206,

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. A liberação do setor de Telecomunicações como opção política de regulação econômica. *Ética e Filosofia Política*, 2008, p. 1-17.



## MERCOSUR 30 years: challenges, achievements and the future of regional integration

**Abstract:** This paper does not aim to provide answers, but to raise questions and to provoke reflections on the past, on the challenges, on the achievements and on the future of regional integration in South America. Celebrating MERCOSUR's 30th anniversary, it is important to understand that all political and economic challenges are much more than a simple chapter of the regional integration process. In the first part of this article, some words on MERCOSUR as a subject of international law are needed. Just after these remarks, the paper faces the challenges of the process over the years and an historical analysis dividing it in stages is proposed. In its final part, the paper is focused on the relevance of the dispute resolution system to deepen cooperation among the states members of the international organization.

**Keywords:** MERCOSUR, Regional integration, 30 years.

### RESUMEN BIOGRÁFICO

*Raphael Carvalho de Vasconcelos* es Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la UERJ/Brasil y Profesor de Derecho Público de la UFRJ/Brasil. Doctor por la USP y por la UERJ. Abogado y Consultor.

# Les contrats commerciaux internationaux face aux situations de crises sanitaires transnationales dans le cadre du MERCOSUR

## Contratos comerciais internacionais e situações de crise sanitárias transnacionais no contexto do MERCOSUL

Valerio de Oliveira Mazzuoli\* 

Gabriella Boger Prado\*\* 

---

**Résumé :** De nombreuses pandémies ont frappé le monde. A l'heure actuelle, le monde traverse une crise inédite et dramatique : la pandémie mondiale de la COVID-19. Que cela relève des conséquences naturelles des pandémies ou des mesures y afférentes et imposées par les États, ce sont d'innombrables contrats internationaux en cours qui voient leur exécution compromise, plus difficiles, voire même impossible. Le débat s'intensifie en droit interne des contrats, notamment autour de la possibilité d'application de la force majeure, notion commune aux pays de *droit civiliste*, ou encore de la clause dite de *hardship*, typique des pays du *common law*. Or, les mécanismes typiques des droits nationaux ne sont souvent pas adaptés au commerce international qui, du fait de sa propre nature, exige des solutions adaptées à son caractère à risque. En outre, les conflits entre les différents systèmes juridiques concernés peuvent constituer un risque supplémentaire car il existe souvent un manque de cohérence et de coordination entre les solutions envisagées dans les différents pays. Devant ce complexe scénario, quelles sont les solutions portées par le Droit international privé dans un tel cas ? En passant par la définition de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux en arrivant jusqu'aux possibles solutions matérielles existantes en cas de manifeste difficulté ou impossibilité d'exécution, cet article vise à orienter les opérateurs du droit dans les pays du MERCOSUR à solutionner les possibles conflits originaires des impacts directs et indirects des crises sanitaires transnationales dans leurs relations commerciales internationales.

---

\* Université Fédérale du Mato Grosso, Faculté de Droit, UFMT, Brasil.

\*\* Université Panthéon-Assas, Paris II, France.

E-mail: gabriella\_prado@hotmail.com

Recibido: 07/04/2020. Aceptado: 07/03/2021.



**Resumo:** Inúmeras pandemias atingiram o mundo. Recentemente, o mundo passa por uma grave crise sem precedentes: a pandemia global da COVID-19. Seja em razão das consequências naturais das pandemias ou em razão dos atos implementados pelos Estados para diminuir seus efeitos, certo é que inúmeros contratos internacionais tiveram suas execuções comprometidas, dificultadas ou até mesmo impossibilitadas. O debate cresceu expressivamente no âmbito dos contratos internos e mecanismos típicos de direito contratual estão no centro do debate, em particular, a possibilidade de aplicação do instituto da força maior, típico dos países de tradição de *civil law*, ou mesmo da cláusula de *hardship*, típica dos países de tradição de *common law*. Todavia, tais mecanismos, típicos dos direitos domésticos de cada país, muitas vezes não são adaptados às especificidades do comércio internacional, que, por sua própria natureza de risco, requer soluções adaptadas. Além disso, eventuais conflitos entre os diferentes sistemas jurídicos envolvidos podem constituir um risco adicional, uma vez que nem sempre existe coerência e coordenação entre as soluções legais existentes nas diferentes jurisdições. Diante desse complexo cenário, quais são as soluções oferecidas pelo Direito Internacional Privado em tais casos? Passando pela definição da lei aplicável aos contratos comerciais internacionais até chegar às possíveis soluções materiais existentes em caso de dificuldade ou impossibilidade de adimplemento, este artigo visa orientar os operadores do Direito nos Estados membros do MERCOSUL na solução de conflitos decorrentes dos impactos diretos e indiretos de crises sanitárias transnacionais em suas relações comerciais internacionais.

**Mots-clés:** Contrats commerciaux internationaux, Crises sanitaires transnationales, Loi applicable, Solutions matérielles.

**Palavras-chave:** Contratos comerciais internacionais, situações transnacionais de crise sanitária, lei aplicável, soluções materiais.

## 1. INTRODUCTION

De nombreuses pandémies ont frappé le monde. La fièvre jaune, la grippe H1N1, le Sida, la grippe aviaire, le chikungunya et l'Ébola sont quelques exemples. Le 31 décembre 2019, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a été informée que des cas de pneumonie d'origine inconnue avaient été détectés dans la ville de Wuhan, dans la province chinoise du Hubei. Les autorités chinoises l'ont identifié comme un type inconnu de coronavirus (Sars-Cov-2), qui cause la maladie de la COVID-19. Le nombre de cas confirmés de COVID-19 a augmenté rapidement en Chine, se propageant à plusieurs pays dans le monde. En mars 2020, l'OMS a reconnu qu'il s'agissait d'une grave pandémie mondiale, qui s'est déjà propagée à tous les continents<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cf. WORLD HEALTH ORGANIZATION. Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic. Disponible au : <[www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019](http://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019)>.

Face à la pandémie déclarée et conformément aux recommandations de l’OMS, les pays ont mis en œuvre de multiples mesures de contrôle dans le but de ralentir la transmission de la COVID-19 et de réduire la mortalité causée par ce virus. Bien que non uniformes, plusieurs mesures ont été prises par la presque totalité des pays du monde, telles que la distanciation sociale (v.g., « quarantaine », « confinement », « *lockdown* »), la fermeture des écoles et des commerces (en tout ou en partie) et l’imposition de certaines restrictions aux frontières et aux déplacements de personnes.

Que ce soit en raison des effets naturels de la pandémie ou en raison des actions restrictives implémentées par les États, il est indéniable que le commerce international et les contrats internationaux sont gravement affectés, occasionnant les conséquences les plus diverses pour les contractants. L’impact le plus évident concerne notamment l’exécution des obligations contractuelles par au moins l’une des parties. La principale question est celle de savoir si les parties peuvent invoquer la pandémie comme fondement de non-exécution de leurs obligations et, dans le cas affirmatif, sur la base de quels concepts et dans quelles conditions. En outre, l’exécution peut être encore possible, mais, en raison du changement des circonstances, elle est devenue manifestement plus difficile et/ou onéreuse. Dans un tel cas, il faut savoir dans quelle mesure il sera possible de renégocier le contrat et de l’adapter aux nouvelles circonstances.

En droit interne des contrats la question se pose souvent et quelques mécanismes typiques du droit des contrats sont actuellement au cœur du débat avec la crise de la COVID-19. Entre eux, nous pouvons mentionner des mécanismes classiques de *common law*, tels que l’« *impossibility* », l’« *impracticability* », le « *frustration* », le « *failure of presupposed conditions* », l’« *act of God* » et la clause de « *hardship* » ; et aussi, quelques concepts typiques de *civil law*, tels que la « force majeure », le « cas fortuit » le « fait du prince », et la « théorie de l’imprévision » (ou clause « *rebus sic stantibus* »). Cependant, les solutions pratiques de l’application de ces mécanismes peuvent varier considérablement d’un pays à l’autre et, dans certaines juridictions, ces concepts ne sont pas expressément codifiés, et la jurisprudence en la matière n’est pas toujours cohérente. Cela représente un risque additionnel aux contrats commerciaux internationaux.

En ayant comme objectif de guider les opérateurs du droit dans les pays du MERCOSUR à solutionner les conflits contractuels qui apparaissent en raison de crises sanitaires transnationales comme celle de la COVID-19, cet article abordera, dans un premier temps, une question très importante : celle de savoir quelle est la loi applicable à la relation contractuelle<sup>2</sup>. Les deux méthodes du Droit international privé pour résoudre cette question

---

<sup>2</sup> Il faut ici rappeler que la question de la séparabilité entre la loi applicable et le tribunal compétent est largement connue en droit international privé, plus précisément en matière de droit des contrats internationaux. Cet article n’a pas comme objectif d’analyser le tribunal compétent en matière contractuelle.

seront analysées : les règles de conflit de lois (2.1) et les règles matérielles internationales (2.2).

Dès lors que nous connaissons le droit applicable au contrat, nous pouvons, subséquemment, vérifier quelles sont les possibles solutions matérielles applicables. Il sera ainsi analysé, dans un second temps, les solutions portées par les droits internes des pays membres du MERCOSUR, ainsi que par les instruments internationaux de droit uniforme (règles matérielles internationales). Dans cette catégorie, il sera analysé la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise* (ci-après « CVIM ») et les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* (ci-après « Principes d'UNIDROIT »). Une attention particulière sera portée aux solutions matérielles proposées par ces instruments (force majeure et *hardship*), dès lors qu'ils représentent des instruments plus adaptés aux besoins du commerce internationaux et offrent des solutions neutres et plus flexibles à la résolution des conflits commerciaux internationaux.

Finalement, en sachant les solutions matérielles applicables, nous pouvons savoir dans quelle mesure les parties pourront invoquer la pandémie de la COVID-19 - ou une autre situation de crise sanitaire transnationale - comme fondement de l'inexécution de leurs obligations contractuelles, et sur la base de quels concepts et dans quelles conditions. En outre, nous pourrions savoir quelles sont les solutions existantes quand l'exécution du contrat est encore possible, mais où, en raison des circonstances, elle est devenue manifestement plus difficile et/ou onéreuse.

Cet article ne vise pas à donner une réponse à toutes les situations dans lesquelles les contrats commerciaux internationaux pourront être affectés par une pandémie – qui peuvent varier substantiellement en raison des divers facteurs (v.g. la nature du contrat, le temps de conclusion et d'exécution du contrat, les effets de la pandémie dans chaque juridiction). Il vise plutôt à servir de guide, une source d'orientation aux parties, juges et arbitres, qui devront résoudre des cas de difficulté ou d'impossibilité d'exécution d'un contrat par au moins une des parties en raison des effets négatifs des crises sanitaires transnationales comme celle de la COVID-19.

## **2. LES CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX ET LA « LOI » APPLICABLE : LES SOLUTIONS ENVISAGEABLE EN CAS DE DEFAULT D'UNE DES PARTIES**

Malgré les divergences existantes sur la classification des contrats dits *internationaux*<sup>3</sup>, lorsque les parties concluent un contrat qui a des liens

3 Pour la classification de l'internationalité des contrats, voir BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado* : Derecho de las relaciones privadas internacionales, 2<sup>a</sup> ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires : Ed. Abeledo-Perrot, 2000, p. 680 ; STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pp. 7-10 ; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*, 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 408 ; DOLINGER, Jacob. *Contratos e obrigações no direito internacional privado* (Direito civil internacional, vol. II). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 483-485 ;



avec plus d'un État (que ça soit en raison de sa conclusion ou exécution, de la situation des parties – de leur nationalité ou domicile, ou encore de la localisation de son objet), la question de l'ensemble de règles de droit applicable à leur transaction se pose nécessairement. Cela est encore plus important dans un contexte de crise. Les occasions dans lesquelles les parties souhaitent réviser, suspendre ou mettre fin à leurs relations contractuelles sont à la lumière du jour. Parfois, les parties trouveront les réponses à ces questionnements dans leur propre contrat, mais dans la plupart des cas, la réponse n'est pas claire et un travail d'interprétation devra être effectué. Alors, où les parties trouveront-elles les solutions applicables ? C'est-à-dire, sur quel ensemble de règles juridiques les parties doivent-elles se baser pour chercher leurs réponses ?

Les règles de droit international privé des contrats sont nombreuses et hétérogènes : des normes de conflit de lois de droit interne, des conventions internationales de conflit de lois, des conventions de droit uniforme, des principes de droit d'origine privé non contraignants, la *lex mercatoria*... Comment ces textes dialoguent-ils ? Comment savoir quel texte s'applique à un contrat déterminé ? Pour répondre à ces questions, le droit international privé fait appel à deux « méthodes », plutôt complémentaires qu'antagonistes<sup>4</sup>. La première, la méthode des règles de conflit formelles (classiques ou traditionnelles), destinées à résoudre un conflit de lois en désignant une loi applicable pour résoudre la relation en question (un choix entre plusieurs lois émanant d'ordres juridiques différents) – cette dernière énonçant la solution au fond (2.1) ; et, la seconde, la méthode des règles matérielles uniformes (substantielles), qui énoncent directement la solution applicable au fond (2.2)<sup>5</sup>.

---

ALFONSÍN, Quintín. *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, 1950, p. 7 ; SILVA ALONSO, Ramon. *Derecho Internacional Privado: Teoría General, Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional*, 6. ed., Asunción : Intercontinental Editora, 2002, p. 273.

4 Pour une analyse approfondie du « dilemme » et des rapports entre les règles matérielles uniformes et les règles de conflit, voir JAYME, Erik. « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne ». *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, vol. 251 ; OPERTTI BADAN, Didier. « Conflit de Lois et Droit Uniforme dans le Droit International Privé Contemporain : Dilemme ou Convergence ? ». *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2012, vol. 359 ; PAMBOUKIS, Charalambos P. « Droit International Privé Holistique : Droit Uniforme et Droit International Privé ». *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2008, vol. 330, p. 41 et ss. ; Pour une approche Latino-américaine, voir HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. « ¡¡¡Un monstruo!!! ¿Derecho (...) quééééé...? ». En : ARROYO, Diego P. Fernández; RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno (org.). *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*. Buenos Aires, Argentina : Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2016, pp. 137-152. (Jornadas de la ASADIP) ; AGUIRRE, Cecilia Fresnedo de. « Aspectos generales del sector del derecho aplicable. En : ARROYO, Diego P. Fernández (org.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR* : Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay. Buenos Aires: Zavalia, 2003, Cap. 6, pp. 257-313.

5 Quelques auteurs, notamment Latino-américains, ajoutent les lois de police (« normes d'application immédiate ou nécessaire ») comme une troisième règle à ce « pluralisme méthodologique » du Droit international privé. Voir HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. « ¡¡¡Un monstruo!!! ¿Derecho (...) quééééé...? ». En : ARROYO, Diego P. Fernández; RODRÍGUEZ, José

## 2.1. Les règles de conflit de lois : l'approche traditionnelle du droit international privé

Selon l'approche traditionnelle de droit international privé, on fait référence à des règles indirectes pour déterminer la « loi » qui doit s'appliquer dans un cas concret lorsqu'il existe des systèmes juridiques étrangers connectés. Chaque État défini, dans son droit interne, les règles de conflit de lois applicables (règles de source étatiques ou autonomes), c'est ainsi qu'on parle du Droit international privé brésilien, argentin, chilien, uruguayen, paraguayen... Les États peuvent également tenter d'harmoniser les règles de conflit des lois, en adoptant des conventions bilatérales et/ou multilatérales portant des règles conflictuelles (règles de source internationales).

Sur le continent européen, par exemple, nous pouvons mentionner comme exemple des règles de conflit de source internationale (ou « communautaire »), l'actuel *Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (« Règlement Rome I »)<sup>6</sup>. En Amérique latine, à ce jour, quatre conventions internationales (règles de source internationales) sont en vigueur en la matière : le *Traité de droit civil international* (« *Traité de Montevideo de 1889* ») et sa version revue de 1940<sup>7</sup>, la *Convention sur le droit international privé* (« *Code Bustamante* »)<sup>8</sup>, et la *Convention Interaméricaine*

Antonio Moreno (org.). *Op. cit.*, p. 139 ; BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las relaciones privadas internacionales*. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2000 ; DE MAEKELT, T. B. *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 233.

6 LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE. *Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*. Sept États européens ont également adopté une règle spéciale de conflit de source internationale en matière des contrats de vente internationale - la *Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*. Cette dernière fut conclue le 15 juin 1955 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1964. Elle est en vigueur à ce jour en 8 États : Danemark, Finlande, France, Italie, Niger, Norvège, Suède et Suisse. Cette Convention reste la norme applicable en matière de conflit de lois en matière de vente internationale pour ses États parties, c'est qui veut dire que pour ceux-ci ce n'est pas le Règlement Rome I ou l'antérieur Convention de Rome qui s'applique pour la vente internationale, mais la Convention de la Haye. Il faut observer que son application est universelle et elle s'appliquera quelle que soit la localisation de la situation. Cf. ANCEL, Marie-Élodie ; DEUMIER, Pascale ; LAZOUZI, Malik. *Droit des contrats internationaux*, 1. ed. Paris : Sirey, 2017, p. 443 et ss.

7 En 1889, neuf traités de droit international privé ont été signés à Montevideo. L'un d'entre eux, le *Traité de droit civil international* (le « *Traité de Montevideo de 1889* »), était relatif à la désignation de la loi applicable aux contrats internationaux. Le traité a été ratifié par l'Argentine, la Bolivie, le Pérou, le Paraguay et l'Uruguay. La Colombie a adhéré au traité en 1992. En 1940, de nouveaux traités ont été signés à Montevideo, mais ils n'ont été ratifiés que par l'Argentine, par le Paraguay et par l'Uruguay (le *Traité de droit civil international de 1940* ou « *Traité de Montevideo de 1940* »).

8 *L'Union Panaméricaine*, prédécesseur de *l'Organisation des États Américains* (OEA), a organisé six Conférences panaméricaines entre 1889 et 1928, en vue de l'unification et de la codification du droit international privé en Amérique. Pendant la Sixième Conférence Panaméricaine, qui s'est tenue en 1928 à La Havane, Cuba, la *Convention sur le droit international privé* fut adoptée par un nombre significatif d'États américains. Cette Convention, composée de neuf articles, donne effet aux 437 articles du Code de droit international privé rédigé par Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén. Elle est connue sous le nom de *Code Bustamante* et est considéré comme le plus important document législatif

sur la loi applicable aux contrats internationaux de 1994 (la « Convention de Mexico »)<sup>9</sup>.

Les *Traités de Montevideo de 1940* sont toujours en vigueur en Argentine, au Paraguay et en Uruguay ; Le *Code Bustamante*, au Brésil, en Bolivie, au Chili, en Costa Rica, à Cuba, au Équateur, au Salvador, au Guatemala, à Haïti, au Honduras, au Nicaragua, au Panama, au Pérou, en République Dominicaine, au Venezuela et, plus récemment, dans les Bahamas ; et la *Convention de Mexico*, au Mexique et au Venezuela. Chacun de ces instruments juridiques posent des règles concernant leurs champs d'application matériel, spatial, et également temporel<sup>10</sup>.

En parallèle de ces règles contraignantes, des instruments non-contraignants (*soft law*) portant des règles de conflits peuvent être utilisés par les juges et arbitres comme des sources complémentaires dans la résolution de conflits. Dans cette catégorie, nous pouvons mentionner les *Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux du 19 mars 2015* (« Principes de la Haye »)<sup>11</sup>, et le très récent *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, publié par l'Organisation des États Américains (OEA) en février 2019 (« Guide de l'OEA »)<sup>12</sup>.

Il est important de rappeler qu'en matière de contrats internationaux, l'application de la méthode conflictuelle est assez originale. Les parties ont, en principe, la liberté de désigner la loi qui régira leur contrat, sans que leur choix ne soit limité à une palette de pays prédéterminés par tel ou tel élément inhérent à la situation<sup>13</sup>. Ce principe, connu sur le nom de *l'autonomie de la volonté*, est amplement accepté dans le monde<sup>14</sup>.

---

de droit international privé panaméricain du XX<sup>ème</sup> siècle. Il régit diverses questions de droit international privé, y compris la loi applicable aux contrats internationaux. Le Code est en vigueur dans 16 États : au Brésil, en Bolivie, au Chili, en Costa Rica, à Cuba, au Équateur, en El Salvador, au Guatemala, au Haïti, en Honduras, au Nicaragua, au Panama, au Pérou, en République Dominicaine, au Venezuela et dans les Bahamas.

9 La *Convention de Mexico* fut officiellement adoptée en 1994 par la Bolivie, le Brésil, le Mexique, l'Uruguay et le Venezuela. Elle était, cependant, ratifiée seulement par le Venezuela et le Mexique, et est entrée en vigueur le 15 décembre de 1996.

10 Les *Traités de Montevideo* et le *Code Bustamante* ont un caractère très général, portant sur des nombreuses questions de droit civil international. Quant à leurs champs d'application spatial, malgré quelques opinions contraires, les deux instruments ont des effets *inter partes*, ce qui signifie qu'ils régissent seulement les situations internationales rattachées aux États contractants. Au contraire, la Convention de Mexico, comme le Règlement Rome I, présente un caractère universel (art. 2), et s'applique aux contrats internationaux, avec quelques exceptions posées à l'article 5 et 6. Pour plus d'informations, voir MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Op. cit.*, pp. 81-82.

11 CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH). *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015. Disponible au : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=135>>.

12 ORGANISATION DES ÉTATS AMERICAINS (OEA). *Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas (CJI/doc.577/19 rev. I)*, 21 février 2019. Disponible (en anglais) au : <[https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide\\_Law\\_Applicable\\_to\\_International\\_Commercial\\_Contracts\\_in\\_the\\_Americas.pdf](https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Commercial_Contracts_in_the_Americas.pdf)>.

13 Cf. ANCEL, Marie-Élodie ; DEUMIER, Pascale ; LAAZOUZI, Malik. *Op. cit.*, p. 6.

14 En l'Union européenne, par exemple, le sujet est harmonisé depuis 1991, avec l'entrée en

Nonobstant cette acceptation générale, quelques pays sont encore réticents à accepter le principe. En Amérique Latine, par exemple, des trois conventions internationales existantes, seulement une accepte expressément la loi de l'autonomie et définit ses limites : la *Convention de Mexico*. Malheureusement, seulement deux pays l'ont ratifié : le Mexique et le Venezuela, ce qui diminue drastiquement son champ d'application.

De mode général, en l'absence de règles internationales, les règles conflictuelles d'origine nationale (étatique) s'imposent. Tandis que la plupart des pays, comme le Brésil, ont, dans un premier temps, adopté comme règle de rattachement le lieu de la conclusion pour déterminer la loi applicable aux contrats, les pays de la région du « Plata » (l'Argentine, l'Uruguay et le Paraguay) ont adopté le critère du lieu d'exécution, d'influence Savignienne. La plupart d'entre eux n'ont pas mentionné expressément, dans leurs législations, si le principe de l'autonomie de la volonté était accepté (ou interdit)<sup>15</sup>, Seulement trois des pays membres du MERCOSUR ont accepté expressément le principe dans leur droit interne : l'Argentine, le Venezuela

---

vigueur de la *Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, et, aujourd'hui, avec le Règlement Rome I, qui acceptent expressément le principe de l'autonomie de la volonté (art. 3). Il faut noter aussi que la *Convention de la Haye sur la vente internationale de 1955* acceptait déjà le principe de l'autonomie de la volonté pour les contrats de vente internationale. D'ailleurs les instruments non-contraignants portant des règles de conflits (instruments de *soft law*), comme les Principes de la Haye et le Guide de l'OEA découragent une application ample du principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, en suivant la tendance déjà pacifiée en la matière. Les Principes de la Haye établissent entre leurs objectifs fondamentaux le renforcement de « l'autonomie de la volonté » et l'assurance d'un « champ d'application le plus large possible à la loi choisie par les parties, sous réserve de limites clairement définies » (I.11). De son côté, le Guide de l'OEA recommanda que les « systèmes juridiques nationaux de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux doivent clairement affirmer le respect au principe internationalement reconnu de l'autonomie de la volonté, tel qu'il est énoncé par la Convention de Mexico, par les Principes de La Haye et par d'autres instruments internationaux. » (7.0).

15 Voir. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira ; PRADO, Gabriella Boger. « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil. ». *Revue Critique de Droit International Privé*. Dalloz : Paris, avril-juin 2019, v. 2, pp. 427-456. Pour des éléments de droit comparé, voir ALBORNOZ, M.M., *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du MERCOSUR*, Thèse dact., Université Paris II, 2006 ; CERQUEIRA, F. Vieira da Costa, *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du MERCOSUR*, Thèse dact., Université de Strasbourg, 2010. Voir aussi SAMTLEBEN, Jürgen. « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano ». *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1985, a. 22, n. 85, pp. 257-276 ; STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*, 2. ed. São Paulo : LTr, 2000 ; Pour une analyse de l'autonomie de la volonté en droit paraguayen, voir MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. « The New Paraguayan Law on International Contracts : Back to the Past? ». *Eppur Si Muove : The Age Of Uniform Law : Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT, Rome, 2016, v. 2, pp. 1146-1178 ; Pour une perspective du MERCOSUR, voir NOODT TAQUELA, María Blanca. « Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados MERCOSUREños ». En : ARROYO, Diego P. Fernández (org.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR : Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires : Zavalia, 2003, Cap. 25, pp. 979-1026.

(suspendue depuis 2017)<sup>16</sup>, et le Paraguay<sup>17</sup>.

En plus de cela, les questions concernant la possibilité d'un choix tacite, la mise en œuvre du choix de la loi applicable et ses limites sont encore très discutées. Des questions comme la possibilité pour les parties de choisir une loi sans aucun lien avec le contrat, de choisir des règles de droit non-étatiques<sup>18</sup>, la possibilité du dépeçage, entre autres, ne connaissent pas de réponses harmonisées dans la région. En raison du vide normatif existant, ces solutions sont souvent laissées à la charge de la doctrine et de la jurisprudence. De plus, à l'existence de plusieurs courants doctrinaux - parfois opposés, s'ajoute la réticence des tribunaux étatiques à accepter une pleine liberté en matière de choix de la loi applicable aux contrats internationaux. D'ailleurs, le nombre de décisions est très faible, ce qui pose encore une difficulté pour l'application de ces normes.

Au contraire, la liberté des parties est plus étendue et admise sans difficulté en matière d'arbitrage. Le principe de l'autonomie de la volonté est un des principes fondamentaux de l'arbitrage, reconnu par des conventions internationales et lois nationales relatives à l'arbitrage, comme par exemple par l'*Accord sur l'arbitrage du MERCOSUR* et par plusieurs lois nationales des États Latino-américains<sup>19</sup>. En plus de cela, le choix d'un droit non-étatique,

---

16 Par décision prise le 5 août 2017, la République bolivarienne du Venezuela fut suspendue dans tous les droits et obligations inhérents à sa qualité d'État partie au MERCOSUR, conformément aux dispositions du deuxième paragraphe de l'article 5 du protocole d'Ushuaia. Information disponible (en espagnol) au : <<https://www.mercosur.int/suspension-de-venezuela-en-el-mercosur/>>.

17 Au Brésil, par exemple, bien que les règles conflictuelles ne prévoient pas expressément l'autonomie de la volonté, la doctrine la plus fédératrice affirme que le principe s'applique au pays de manière incontestable, tant à la lumière de l'interprétation de l'ensemble des règles de droit brésiliennes sur les contrats qu'à la lumière de la coutume établie de longue date dans ce pays. Voir MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. « Actualités du droit international privé au Brésil ». *Revista de Direito Público*, Lisbonne, janvier-juin 2018, n. 19, pp. 155-166.

18 Le terme « droit non-étatique » est souvent utilisé dans un sens très large, en couvrant une variété de principes et de règles de droit, tels que les principes généraux du droit, les coutumes, les usages et pratiques et la *lex mercatoria*. Les Principes d'UNIDROIT sont un exemple de ce type de règle de droit. La question de savoir si les parties peuvent choisir un droit non-étatique comme *lex contractus* (loi régissant le contrat) est complexe. Le Règlement Rome I, par exemple, accepte seulement l'intégration par référence de ces règles de droit (voir paragraphe 13 de son Preamble). D'autre part, l'article 3 des Principes de La Haye accepte expressément le choix des « règles de droit » comme loi applicable au contrat. En Amérique latine, la *Convention de Mexico*, a été interprétée de manière à accepter le choix d'un droit non-étatique (voir articles 9 et 10 de la Convention). En outre, La *loi paraguayenne applicable aux contrats internationaux* autorise ouvertement l'utilisation du droit non-étatique. Son article 5 (intitulé « règles de droit »), est basé sur l'article 3 des principes de La Haye et prévoit que « dans la présente loi, les références à la loi comprennent les règles de droit d'origine non-étatique qui sont généralement acceptées comme un ensemble de règles neutres et équilibrées ». Voir ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS (OEA). *Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas (CJI/doc.577/19 rev. I)*, 21 février 2019, p. 47 et ss. Disponible (en anglais) au : <[https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide\\_Law\\_Applicable\\_to\\_International\\_Commercial\\_Contracts\\_in\\_the\\_Americas.pdf](https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Commercial_Contracts_in_the_Americas.pdf)>.

19 Par exemple, nous pouvons mentionner, la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, conclue à New York le 10 juin 1958 et la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, conclue au Panama en 1975, que

comme reconnu les Principes d'UNIDROIT, pour régir le contrat est largement accepté en matière d'arbitrage<sup>20</sup>.

Bien sûr, cette liberté n'est pas sans limites. Souvent, les règles de conflit de lois, qu'elles soient de source interne ou internationale, établissent des limites à la mise en œuvre de la loi applicable. Les limites les plus importantes et les plus reconnues au monde sur le sujet sont les suivants : le respect des règles impératives du *for* (les « lois de police ») et l'ordre public (« *public policy* »)<sup>21</sup>. Ces règles varient d'un système à l'autre car elles concernent

---

même sans traiter directement la question du droit applicable, reconnaissent l'autonomie de la volonté en ce qui concerne la validité de la clause d'arbitrage, de la procédure d'arbitrage et de la reconnaissance de la sentence arbitrale. D'autre part, la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, conclue en 1961, prévoit expressément à l'article VII que « les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige ». Similairement, l'*Accord sur l'arbitrage du MERCOSUR* de 1998, ratifié par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, dispose expressément que « les parties peuvent choisir la loi qui s'appliquera au règlement du différend » (art. 10). À son tour, la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* (« Loi type de la CNUDCI ») énonce le principe de l'autonomie de la volonté (art. 28.1).

20 En matière d'arbitrage, l'expression « règles de droit » est utilisée dans la *Loi type de la CNUDCI* (art. 28, paragraphe 1) et dans le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) de 2010 (article 35) pour la définition de la loi applicable au fond du litige. Les lois nationales sur l'arbitrage dans un certain nombre d'États d'Amérique latine utilisent également l'expression « règles de droit », comme, *v.g.*, au Brésil (Loi n. 9307 de 1996 sur l'arbitrage), au Chili (Loi 19.971 de 2004 - Arbitrage commercial international), au Pérou (Décret Législatif n. 1071 de 2008 - Loi d'arbitrage) ; au Paraguay (Loi 1879 de 2002 - Arbitrage et médiation) ; et au Venezuela (Loi d'arbitrage commercial de 1998). En outre, l'accord d'arbitrage du MERCOSUR de 1998, ratifié par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, reconnaît à l'article 10 l'applicabilité du « droit international privé et ses principes » et du « droit du commerce international ». Cette dernière expression a été comprise par les spécialistes comme une acceptation du droit non-étatique. Voir ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS (OEA). *Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas (CJI/doc.577/19 rev. I)*, 21 février 2019, pp. 54 et 55. Disponible (en anglais) au : <[https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide\\_Law\\_Applicable\\_to\\_International\\_Commercial\\_Contracts\\_in\\_the\\_Americas.pdf](https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Commercial_Contracts_in_the_Americas.pdf)>.

21 La Convention de Mexico fait expressément référence à cette question à l'article 11, paragraphe 1, en indiquant que « les dispositions de la loi du *for* sont nécessairement appliquées lorsqu'elles sont impératives ». Les principes de La Haye font également référence aux lois de police et à l'ordre public (art. 11). Pour une analyse complète sur les lois de police et ordre public dans le continent Américain, voir ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS (OEA). *Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas (CJI/doc.577/19 rev. I)*, 21 février 2019, p. 99 et ss. Disponible (en anglais) au : <[https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide\\_Law\\_Applicable\\_to\\_International\\_Commercial\\_Contracts\\_in\\_the\\_Americas.pdf](https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Commercial_Contracts_in_the_Americas.pdf)>.

En matière d'arbitrage, la question de la possibilité pour l'ordre public d'écarter la loi choisie par les parties est controversée. En raison du caractère spécifique de l'arbitrage et du fait que les arbitres ne sont ni des juges étatiques ni des représentants d'un État donné, on ne peut parler d'une loi nationale du *for* (ou *lex fori*). La question de l'ordre public se pose notamment comme un fondement permettant la non-reconnaissance ou le refus d'exécuter des sentences étrangères étatiques et arbitrales. Cette règle est traitée à l'article V (2.b) de la *Convention de New York*, à l'article 36 de la *Loi type de la CNUDCI*, et à l'article 5 de la *Convention du Panama*. De ce fait, objectivant de donner effet pratique à leurs sentences et assurer leur exécution, les arbitres devront accorder une attention spéciale aux règles impératives de l'État du *for* ou de tout autre pays avec lequel l'affaire en cause a un lien significatif. Ils peuvent également appliquer les règles impératives qui reflètent des principes largement reconnus comme fondamentaux dans les systèmes juridiques du monde entier

des questions sensibles qui méritent une protection ou une réglementation particulière (par exemple, la protection des consommateurs, le droit de la concurrence, le combat à la corruption, entre autres)<sup>22</sup>.

Pour conclure, la règle de conflit de lois est la méthode traditionnelle du droit international privé et indique la loi applicable, celle-ci donnant alors la solution à la question. En raison de la pluralité des règles existantes, une analyse au cas par cas s'impose, afin de savoir, en raison des caractéristiques du contrat en analyse (champ d'application matériel, spatial et temporal) quelle sera la norme conflictuelle applicable et, par conséquent, le droit applicable au fond. Cela va dépendre également du juge saisi, si celui-ci est-ce un juge étatique ou un juge privé, ce dernier ayant une liberté plus étendue pour l'acceptation de loi désignée par les parties et même l'application d'une loi non-étatique, pour régir le contrat.

Par soucis de lisibilité, il est impossible ici d'analyser en détail les droits internes de tous les États membres du MERCOSUR, afin de savoir quelles sont les solutions matérielles nationales existantes en situations de crises sanitaires, comme celui de la COVID-19. D'un point de vue général, ces États prévoient l'exemption de responsabilité en cas de force majeure et de « cas fortuits » dans leurs législations internes. Le *Code Civil et Commercial Argentin*, par exemple, à l'article 1730 établit qu'il « est considéré comme un cas fortuit ou un cas de force majeure un fait qui n'aurait pas pu être prévu ou que, ayant été prévu, il n'aurait pas pu être évité. Le cas fortuit ou la force majeure exonère de toute responsabilité, sauf disposition contraire. » Le Code précise que la force majeure et le cas fortuit sont synonymes<sup>23</sup>. Le *Code civil brésilien* (art. 393) va dans le même sens en définissant la force majeure et cas fortuit comme des situations dont « l'occurrence était impossible d'empêcher ou d'empêcher ses effets »<sup>24</sup>. Au Paraguay, d'une manière générale, le *Code civil* dispense un contractant de répondre pour son manque de conformité contractuelle lorsque, en raison de cas de force majeure ou d'un cas fortuit, ladite obligation n'a pas pu être exécutée (articles 426, 628 – 632 et 721), sans cependant faire une définition précise

---

(appelés d'« ordre public transnational » ou « ordre public transnational »). Voir RACINE, J.-B. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ : Paris, 1999, p. 264 et ss., pour qui : « Dans certains cas, l'arbitre peut se dispenser de respecter l'ordre public de la *lex causae*. L'arbitre a, tout d'abord, la faculté d'évincer l'ordre public de la *lex causae* s'il est contraire à l'ordre public transnational. Ensuite, l'arbitre peut décider qu'une règle d'ordre public de la *lex causae* n'est pas adaptée aux besoins du commerce international ».

22 Dans certaines juridictions, notamment en Amérique latine, la notion de « lois de police » n'est pas souvent traitée de forme expresse par les législations nationales, et est souvent peu utilisée dans les cas concrets. Cependant, les juges obtiennent le même résultat pratique, en utilisant une doctrine qui permet au tribunal de refuser l'application de lois qui violent l'ordre public.

23 ARGENTINE. Code Civil et Commercial de la Nation, approuvé par la Loi 26.994, promulgué selon le Décret 1795/2014. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 7 octobre 2014.

24 BRÉSIL. Loi n. 40.406 du 10 janvier 2002, institue le Code Civil, *Diário Oficial da União*, 11 janvier 2002.

de ces deux instituts<sup>25</sup>. De la même manière, le *Code civil uruguayen* (art. 1.343) et le *Code civil vénézuélien* (art. 1.272), prévoient une exemption de responsabilité à la partie en défaut en cas de force majeure ou cas fortuit, sans pour autant définir spécifiquement les conditions qu'un événement doit remplir pour être considéré comme tels<sup>26</sup>.

D'autre part, la théorie de l'imprévision ou de l'onérosité excessive (clause « *rebus sic stantibus* ») est reconnue par une grande partie des pays du MERCOSUR. Au Brésil et en Argentine, les droit internes respectifs prévoient la théorie pour les contrats de longue durée. L'article 478 du *Code civil brésilien* établit que, pour les contrats dont l'exécution est continuée ou différée, lorsque l'exécution d'une des parties devient « excessivement contraignante », avec un avantage extrême pour l'autre, en raison d'événements extraordinaires et imprévisibles, le débiteur peut demander la résiliation du contrat. L'article 1011 du *Code civil et commercial argentin*, à son tour, établit un devoir de renégociation de bonne foi aux parties qui souhaitent mettre fin à un contrat de longue durée. Au Paraguay, la théorie est aussi applicable aux contrats unilatéraux. L'article 672 du *Code civil paraguayen* établit que dans les contrats à exécution différée, si des circonstances imprévisibles et extraordinaires surviennent qui rendent la provision excessivement onéreuse, le débiteur peut demander la résolution « des effets du contrat pas encore exécutés ». L'article précise également que « la résolution ne sera pas exécutée lorsque le caractère onéreux entre dans le cadre normal du contrat ou si le débiteur est coupable » et que l'autre partie « peut éviter la résiliation du contrat en offrant sa juste modification ». A l'inverse, en Uruguay et au Venezuela la théorie de l'imprévision n'est pas traitée par les législations internes<sup>27</sup>.

## **2.2. Les règles matérielles internationales : les solutions apportées par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise et par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international**

En matière des contrats commerciaux internationaux, ce n'est souvent pas le droit matériel de source interne (national) qui s'applique, mais des normes matérielles internationales. Ces dernières, sont des normes directes, qui donnent directement une solution de fond. Elles coexistent avec les règles matérielles internes, mais apportent des solutions neutres et plus adaptées aux singularités des relations privées internationales. Elles sont,

25 PARAGUAY. Loi n. 1183 du 18 décembre 1985, Code Civil, *Gaceta Oficial de la República Del Paraguay*, 23 décembre 1985.

26 URUGUAY. Loi n. 16.603 du 19 octobre 1994, Code civil, *Diario Oficial*, 21 novembre 1994 ; VENEZUELA. *Code civil du Venezuela*, *Gaceta Oficial* n. 2.990 du 26 juillet 1982.

27 Pour une analyse complète de l'acceptation de la théorie de l'imprévision en Amérique latine, voir CHAMIE GANDUR, José Félix. *La adaptacion del contrato por eventos sobrevenidos : de la vis cui resisit non potest a las clausulas de hardship*. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2013.



ainsi, des règles originales, propres à assurer la sécurité des situations juridiques internationales, qui sont, pour ces caractéristiques propres, des situations à risque<sup>28</sup>. Entre elles, deux méritent une attention spéciale, pour son importance dans les États membres du MERCOSUR : la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM) et les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*.

En matière de contrat de vente internationale - un des contrats le plus importants du commerce international - un effort législatif entrepris au début du XX<sup>ème</sup> siècle a abouti avec l'adoption à Vienne, le 11 avril 1980, par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CDNUDIC) de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM). Cette convention, considérée comme un des traités fondamentaux du droit commercial international est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1988. A ce jour, elle compte 93 États parties, couvrant tous les continents du monde<sup>29</sup>.

En matière de vente internationale de marchandises, c'est la CVIM qui s'appliquera à la totalité des États membres du MERCOSUR et aussi en grande partie des États associés. La Convention s'applique à ce jour dans tous les États membres du MERCOSUR : *l'Argentine, le Brésil, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela* (suspendu depuis 2017)<sup>30</sup>. Pour les États associés, elle a été ratifiée par le Chili, la Colombie, l'Équateur et le Pérou. Seulement la Bolivie, la Guyane et le Suriname ne l'ont pas ratifié.

---

28 Cf. LOQUIN, Éric. « Règles Matérielles du Commerce International et Droit économique ». *Revue internationale de droit économique*, 2010/1, t. XXIV, 1, pp. 81-101, p. 86. Quelques auteurs différencient les *règles matérielles internationales* du *droit uniforme*. Éric Loquin nous explique que « (...) la distinction entre le droit uniforme ainsi défini et les règles matérielles internationales produit des conséquences quant au régime d'application de ces normes. La règle uniforme est dépendante de la règle de conflit de lois. Son application à une relation internationale suppose que la règle de conflit de lois compétente désigne la loi d'un État dans l'ordre juridique duquel la règle uniforme a été incorporée. La règle uniforme ne se distingue pas du droit interne, qui a toujours vocation, par la médiation de la règle de conflit de lois, à s'appliquer à une relation internationale. De même, s'agissant de son interprétation, la règle uniforme sera appliquée telle qu'elle a été interprétée par les juridictions de l'État dont la loi était applicable au litige. (...) D'une part, les règles matérielles internationales sont en principe applicables directement, sans la médiation du mécanisme des conflits de lois, du seul fait de l'internationalité de la situation. D'autre part, chaque État contractant doit l'interpréter directement (voir infra les solutions ambiguës de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises). Cette distinction ne fait cependant pas l'unanimité, certains auteurs revendiquant le recours à la méthode des conflits de lois même en matière de règles matérielles internationales d'origine conventionnelle ». Cf. LOQUIN, Éric. « Les Règles Matérielles Internationales ». *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2007, vol. 322, p. 31 et ss. Dans cet article nous ne faisons pas cette différenciation.

29 Un grand nombre des États européens font partie de la convention, dont la France, l'Espagne, l'Allemagne, l'Italie et la Belgique, l'Autriche et la Suisse, par exemple. En Amérique, nous pouvons mentionner les États-Unis, le Canada, l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, Cuba, l'El Salvador, l'Équateur, le Honduras, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, la République Dominicaine et l'Uruguay. En Asie, la Chine, le Japon, la Corée du Sud et Singapour sont parties. La Russie est également partie. Pour une liste complète des États parties, consulter : <[https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status)>

30 Voir Note de bas de page n. 16.

La CVIM s'applique à tous les contrats de vente de marchandises conclus entre des parties ayant leur établissement dans des États contractants. Dans ces cas, la CVIM s'appliquerait directement, ce qui éviterait d'avoir à recourir aux règles de droit international privé pour déterminer la loi applicable au contrat<sup>31</sup>. Ainsi, pour un contrat conclu entre une société ayant son siège social en Argentine et une société dont le siège social est au Brésil ou au Paraguay, par exemple, c'est la CVIM qui régira le contrat (sauf si les parties excluent expressément son application)<sup>32</sup>. La CVIM peut également s'appliquer à un contrat de vente internationale de marchandises lorsque les règles de droit international privé désignent comme loi applicable celle d'un État contractant (*v.g.*, une clause désignant la loi uruguayenne, chilienne ou péruvienne comme applicable) ou si les parties en décident ainsi, qu'elles aient ou non leur établissement dans un État contractant<sup>33</sup>.

En ce qui concerne son champ d'application matériel, la CVIM régit les contrats de vente internationale de marchandises entre les entreprises privées, à l'exclusion de la vente aux consommateurs, de la vente de services et celle de certains types spécifiques de marchandises (définies à l'art. 2). Certaines questions liées à la vente internationale de marchandises, comme la validité du contrat et l'effet du contrat sur la propriété des marchandises vendues sont exclues du champ d'application de la Convention.

Par ailleurs, à côté de ce droit matériel international spécial des contrats commerciaux internationaux (ou « sectoriel », comme l'affirme Eric Loquin), s'est forgé un droit matériel général des contrats du commerce international.

31 En effet, la CVIM, une fois incorporée dans le droit d'un État par le biais de sa ratification, devient le droit de la vente internationale de cet État. Lorsque le droit de cet État est compétent, ce sont les règles de la CVIM qui vont s'appliquer, au titre de droit national de la vente internationale. Par ailleurs, une grande part de la doctrine soutient l'application en premier lieu des normes matérielles, avant l'application des règles de conflit de lois. Cela serait justifié notamment par le degré de spécialité des normes matérielles en tant que règles appropriées pour les affaires internationalisées. En réalité, ce serait un droit matériel spécial pour régir les hypothèses factuelles relatives aux systèmes juridiques étrangers « sans recourir à la règle de conflit » Cf. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. « ¡¡¡Un monstruo!!! ¿Derecho (...) quééééé...? ». En : ARROYO, Diego P. Fernández ; RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno (org.). *Op. Cit.*, p. 143 et ss. L'auteur relève l'importance de, avant d'analyser les règles matérielles internationales, vérifier l'application des lois de police, des règles d'application immédiate qui s'appliqueront premièrement. Voir aussi, DE MAEKELT, T. B. « La codificación interamericana en materia de derecho internacional privado en el contexto universal y regional ». En : *Libro-Homenaje a Haroldo Valladão*, Caracas, 1997, p. 151 et ss.

32 La CVIM est une convention du type « *opt-out* », cela veut dire qu'elle s'applique directement, même sans option expresse des parties. La CVIM prévoit néanmoins, la possibilité de son exclusion par les parties (*opt-out*), qui peut être intégrale ou limitée à certaines de ses dispositions (art. 6). D'autres instruments peuvent être de type « *opt-in* », comme les Principes d'UNIDROIT, en demandant une manifestation expresse par les parties pour son application.

33 Dans ce dernier cas, la CVIM représente un corps de règles neutres qui peut être incorporé dans le contrat, étant donné sa nature transnationale et le grand nombre de documents interprétatifs. Elle a été reconnue par certains arbitres internationaux comme expression de la *lex mercatoria* et est parfois appliquée à ce titre, que les parties l'aient désignée comme droit applicable au litige ou que les arbitres le retiennent comme le corps de règles adaptées. Cf. ANCEL, Marie-Élodie ; DEUMIER, Pascale ; LAZOUZI, Malik. *Op. cit.*, p. 424.

Celui-ci est formé de principes généraux créés par les tribunaux arbitraux, rassemblés dans des compilations ou codifications privés à caractère non contraignant<sup>34</sup>. Quelques auteurs l'appellent également de « droit spontané » ou « *lex mercatoria* »<sup>35</sup>. Il s'agit des règles non-contraignantes, formées par des contrats-types, des principes généraux, des usages de manière générale, qui sont spontanément créés et suivis par ceux qui sont les usagers mêmes du commerce international. Ces règles non contraignantes peuvent soit être incorporées aux contrats par la volonté des parties (que ça soit en tant que droit même ou en tant que simple disposition contractuel – à dépendre de l'ordre juridique que l'analyse)<sup>36</sup>, soit servir d'appui au juge ou arbitre, comme source d'interprétation<sup>37</sup>.

Les Principes d'UNIDROIT - un des exemples le plus important de cette catégorie de normes - viennent compléter les règles de la CVIM et s'appliquent en dehors d'elle, pour tous les types de contrats internationaux. Ces principes ont été élaborés par des groupes de travail internationaux composés d'éminents juristes sous les auspices de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)<sup>38</sup>. Les Principes sont actuellement à leur quatrième édition (version de 2016). Ils seront applicables tant que : les parties accordent expressément pour leur application ou si elles établissent que leur contrat sera régi par des principes généraux de droit ou par la *lex mercatoria*, ou encore, quand aucun choix n'a été fait. Ils peuvent également s'appliquer indirectement si le juge ou arbitre les utilise pour interpréter ou

---

34 LOQUIN, Éric. Règles Matérielles du Commerce International et Droit économique. *Op. cit.*, p. 84.

35 Systématisée par Berthold Goldman, la *lex mercatoria* désigne l'ensemble de règles d'origine non-étatique, ou transnationale, élaborées par les opérateurs du commerce international pour les besoins de leurs contrats. La nature et le contenu de la *lex mercatoria* varie selon les auteurs. L'accord se fait généralement sur deux composantes : les usages et les principes généraux. Les codifications savantes, et plus, particulièrement les Principes d'UNIDROIT, sont, conforme affirme quelques auteurs, devenus en forme moderne de la *lex mercatoria*. Cf. ANCEL, Marie-Élodie ; DEUMIER, Pascale ; LAAZOUZI, Malik. *Op. cit.*, p. 40. Voir aussi, P. PAMBOUKIS, Charalambos. « La *lex mercatoria* reconsidérée ». En : *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 635 ; DEUMIER, P. « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre ». En : *Mélanges J. Foyer, Economica*, 2008, p. 305.

36 Il faut se rappeler que devant le juge étatique souvent les règles de droit non-étatiques peuvent être seulement incorporés par référence par les parties, ayant une valeur contractuelle. La loi étatique continuera, ainsi, à s'appliquer. C'est en réalité, c'est la règle de conflit qui fixe l'étendue de la liberté dont les parties disposent pour déterminer le cadre juridique de leur contrat. Ainsi si les parties désirent choisir une loi non-étatique comme loi régissant le contrat, il est fortement recommandable de choisir l'arbitrage comme mode de règlement de différends. Voir Note de bas de page n. 18.

37 Enfin, il faut observer que les normes de la CVIM, comme l'application des lois étrangères désignées par la règle de conflit, doivent respecter les règles impératives et les règles d'ordre public. Cf. SCHLECHTRIEM, Peter ; WITZ, Claude. *Contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz, 2008, p. 39.

38 Font partie de l'UNIDROIT au MERCOSUR : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela. D'ailleurs, indépendamment du statut d'État membre, tout partie, indépendamment du lieu de son établissement ou nationalité, peut choisir d'incorporer les Principes d'UNIDROIT en leurs contrats. Cela est également valable aux juges et arbitres de toute juridiction, qui pourront utiliser ces Principes comme source d'interprétation des contrats internationaux.

compléter le droit applicable<sup>39</sup>. Ils sont aussi très souvent utilisés comme de modèle pour la rédaction des contrats commerciaux internationaux<sup>40</sup>.

Alors, quelles sont les solutions concrètes existantes offertes par la CVIM et par les Principes d'UNIDROIT pour les parties affectées dans leurs relations contractuelles pour les impacts négatifs d'une pandémie transnationale comme celle de la COVID-19 ?

En ce qui concerne l'inexécution des contrats, l'article 79 de la CVIM permet de dégager une partie défaillante de son obligation de verser des dommages-intérêts si l'inexécution est due à un « empêchement » qui satisfait certaines conditions<sup>41</sup>. Cet article évite d'employer des termes caractéristiques d'un droit national particulier, tels que *hardship*, force majeure ou encore *Act of God*, en décrivant plutôt de façon factuelle les circonstances qui peuvent excuser l'inexécution d'une obligation.<sup>42</sup> Il précise

39 Cf. Préambule des Principes d'UNIDROIT.

40 Pour une analyse des Principes d'UNIDROIT d'une perspective Latino-américaine, voir SIQUEIROS, José Luis. « Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales ». En : *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998.

41 Il faut noter qu'avec l'objectif de que les mêmes solutions soient achevées par tout dans le monde, la Convention pose ses propres règles d'interprétation (art. 7). L'idée est de garantir une interprétation « autonome » et « uniforme », indépendante de toute interprétation que les juges pourraient étudier en se basant sur des solutions nationales. Du fait que les règles nationales relatives aux ventes divergent considérablement dans leur conception et leur approche, il importe, lors de l'interprétation de la Convention que le for concerné ne soit pas influencé par son propre droit interne. C'est ainsi que la CVIM mentionne que pour son interprétation, il faut tenir compte de « son caractère international » et de la nécessité « d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international » (art. 7). Cela signifie que la Convention doit être appliquée et interprétée exclusivement à partir de ses propres dispositions, en évitant de recourir à la jurisprudence nationale. Par ailleurs, les juges peuvent également prendre en compte les décisions étrangères qui ont appliqué la Convention dans leur travail d'interprétation. D'ailleurs, le texte ajoute, dans sa seconde partie, une règle sur le comblement de lacunes. Il est établi que pour les questions auxquelles la Convention n'apporte pas expressément de réponse, les lacunes seront comblées par « les principes généraux dont elle s'inspire ». Ce n'est qu'en l'absence de principes généraux de cette nature que le paragraphe 2 de l'article 7 permet de se référer à la loi nationale applicable pour résoudre les questions laconiques (« la loi applicable en vertu des règles du droit international privé »). Ces principes généraux sont souvent cherchés dans les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, qui viennent compléter la CVIM. Nonobstant, comme le reconnaît la doctrine majoritaire, en absence d'un tribunal supranational chargé d'interpréter la Convention, l'objectif d'interprétation autonome et uniforme souhaité par la Convention est difficile à atteindre. En la pratique, il reste encore une liberté laissée aux juges, qui vont souvent rester influencés par leurs traditions nationales. Cf. ANCEL, Marie-Élodie ; DEUMIER, Pascale ; LAAZOUZI, Malik. *Op. cit.*, p. 429 et ss. Les auteurs ajoutent que cette tendance serait plus marquée aux États-Unis, habitués à se référer aux précédents d'autres juridictions américaines, que dans les pays de *civil law*, qui vont avoir le réflexe de se tourner vers la doctrine.

42 Pour l'acceptation du *hardship* par la CVIM, voir CISG-AC. *Opinion No. 20, Hardship under the CISG*, Rapporteur Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Adopté par le Conseil consultatif de la CISG à l'issue de sa 27<sup>e</sup> réunion, à Puerto Vallarta, Mexique, 2-5 février 2020. Disponible (en anglais) au : < <http://cisgac.com/opinion-no20-hardship-under-the-cisg/>>. Selon l'Opinion, malgré les discussions et contradictions existantes, aujourd'hui, il est plus ou moins unanimement admis dans les décisions judiciaires et arbitrales, ainsi que dans les écrits scientifiques, que l'article 79 de la CVIM

les circonstances dans lesquelles une partie « n'est pas responsable » de l'inexécution de ses obligations et indique les conséquences de cette exonération. Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 79 exonère ainsi une partie qui n'a pas accompli l'une de ses obligations, si les conditions cumulatives suivantes sont remplies:

- (i) Existence d'un empêchement *extérieur* à la volonté de la partie (« un empêchement indépendant de sa volonté ») ;
- (ii) Cet empêchement doit être la cause de l'inexécution, il doit avoir un *lien de causalité* entre l'inexécution et l'empêchement (« inexécution est due à un empêchement (...)»);
- (iii) L'empêchement était tel qu'on ne pouvait raisonnablement attendre de cette partie «qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat» - c'est-à-dire, qu'il était *raisonnablement imprévisible* pour cette partie au moment de la conclusion du contrat ;
- (iv) La partie ne pouvait pas *prévenir* ou *surmonter* l'empêchement ou ses conséquences.

Le paragraphe 2 de l'article 79 s'applique lorsqu'une partie a chargé un tiers « d'exécuter tout ou partie du contrat » et que ce tiers ne remplit pas ses obligations. Dans un tel cas, la partie qui a chargé le tiers de l'exécution n'est exonérée de sa responsabilité que si les conditions du paragraphe 1<sup>er</sup> sont remplies (points « i » à « iv » ci-dessus) et si le tiers est aussi exonéré dans les mêmes conditions<sup>43</sup>.

Le paragraphe 3 dudit article ajoute que cette exonération est temporaire et liée à la durée de l'empêchement, c'est-à-dire, elle produit effet seulement « pendant la durée de l'empêchement ». Le paragraphe 4 impose un devoir d'information : la partie qui n'a pas exécuté son obligation doit avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter. Si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un « délai raisonnable » à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception.

Selon le Précis de jurisprudence de la Commission des Nations

---

régit les situations de *hardship*. L'Opinion conclut, ainsi, que la CVIM régite les cas de *hardship*. Cependant, le document précise que les parties n'ont pas l'obligation de renégocier le contrat et qu'une juridiction judiciaire ou arbitrale ne peut pas adapter le contrat ou y mettre fin en cas de difficultés dans le cadre de la CISG.

43 Généralement, la CVIM considère comme des tiers les personnes qui sont chargées, par le vendeur et après la conclusion du contrat, de l'exécution des obligations existant envers l'acheteur. Il s'agit, par exemple, des transporteurs qui livrent la marchandise au vendeur ainsi que des sous-traitants qui sont chargés par le vendeur de mener les travaux à leur terme. Cf. COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI). *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Édition 2016, p. 415. Disponible au : <[https://www.uncitral.org/pdf/french/clout/CISG\\_Digest\\_2016\\_f.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/french/clout/CISG_Digest_2016_f.pdf)>

Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) concernant la CVIM (dernière version de 2016), l'article 79 a été invoqué devant des juridictions avec une certaine fréquence, mais sans grand succès. Des vendeurs ont réussi à obtenir une exonération dans cinq affaires mais, dans vingt-sept autres au moins, leurs demandes d'exonération ont été rejetées. D'autre part, des acheteurs se sont vu accorder le bénéfice de l'article 79 dans quatre affaires seulement, et ont été déboutés dans quatorze autres.<sup>44</sup> Analysons quelques jurisprudences qui ont analysé l'application de cet article.

La question de l'empêchement et du degré de difficulté auquel une partie doit être confrontée dans l'exécution de ses obligations pour pouvoir prétendre à une exonération en vertu de l'article 79 a été traitée par un nombre considérable de décisions. La Cour de cassation belge a précisé que l'empêchement invoqué au paragraphe 1 de l'article 79 de la CVIM peut comporter des changements de circonstances qui rendent l'exécution très difficile pour l'une des parties sur le plan économique, même si l'exécution n'est pas devenue littéralement impossible<sup>45</sup>. Une décision arbitrale allemande a comparé la règle de l'article 79 aux règles d'exonération découlant des principes juridiques nationaux de force majeure, d'impossibilité économique ou d'onérosité excessive des circonstances, en énonçant que cet empêchement doit être un risque incontrôlable ou un événement totalement exceptionnel comme un cas de force majeure, d'impossibilité économique ou de sévérité excessive des circonstances<sup>46</sup>.

En ce qui concerne l'inexécution par les fournisseurs (tiers), dans plusieurs affaires, des vendeurs ont présenté la défaillance du fournisseur comme un empêchement qui, selon eux, devrait les exonérer de leur propre responsabilité pour le fait que des marchandises n'ont pas été livrées. Plusieurs décisions indiquent que le vendeur assume normalement le risque d'une éventuelle inexécution par le fournisseur et que, de manière générale, il ne sera pas exonéré de sa responsabilité si sa propre inexécution est causée par la défaillance de son fournisseur<sup>47</sup>.

44 Cf. Ibid., p. 411.

45 En l'occasion, la Cour, en faisant référence au *hardship* a souligné que les circonstances modifiées peuvent constituer un « empêchement » pour autant qu'elles n'aient pas été raisonnablement prévisibles au moment de la conclusion du contrat et qu'elles soient de nature à aggraver la charge de l'exécution dudit contrat de manière exceptionnelle et disproportionnée. Voir BELGIQUE. Hof van Cassatie (Cour de cassation). *Scaфом International BV c. Lorraine Tubes S.A.S (Case n. C.07.0289.N)*. 19 juin 2009. Disponible (en anglais) au : <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>>

46 ALLEMAGNE. Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg. *Hamburg Arbitration proceeding (Chinese goods case)*. 21 mars 1996. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>.

47 Voir Décision du Recueil de jurisprudence n° 140 [Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie, Fédération de Russie, 16 mars 1995 (sentence arbitrale n° 155/1994)] ; décision du Recueil de jurisprudence n° 277 [Oberlandesgericht Hamburg, Allemagne, 28 février 1997] ; Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 1995 (sentence arbitrale n° 8128) ; décision du Recueil de jurisprudence n° 166 [Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, Allemagne, 21 mars, 21 juin 1996]. Cf. COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT

L'évolution du coût de l'exécution a été invoquée à de nombreuses reprises par des parties en défaut qui demandaient une exonération de responsabilité, tant de la part des vendeurs (augmentation du coût de l'exécution du contrat), que de la part des acheteurs (baisse de la valeur des marchandises). Ces arguments ne furent pas admis et plusieurs juridictions ont expressément affirmé par la suite qu'une partie est censée assumer les risques de fluctuation du marché et d'autres facteurs de coût modifiant les incidences financières d'un contrat<sup>48</sup>.

La question de l'extériorité de l'empêchement, c'est-à-dire, que l'empêchement doit être indépendant de la volonté de la partie demandant a également été analysée par plusieurs décisions. Selon certaines d'entre elles, il y a empêchement indépendant de la volonté de la partie en défaut lorsque la réglementation d'un pays ou des mesures prises par une autorité publique empêchent cette partie d'exécuter ses obligations<sup>49</sup>. Cet argument est très important en ce qui concerne l'actuelle pandémie et les mesures prises par les États en conséquence de celle-ci. Une attention spéciale doit être portée au temps de conclusion du contrat et si à ce moment les parties avaient (ou pourraient raisonnablement avoir) connaissance des restrictions imposées par les États<sup>50</sup>. Une décision arbitrale concernant l'épidémie de SRAS en

---

COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI). *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Édition 2016, pp. 412 et 413. Disponible au : < [https://www.uncitral.org/pdf/french/clout/CISG\\_Digest\\_2016\\_f.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/french/clout/CISG_Digest_2016_f.pdf)>

48 Voir BULGARIE. Chambre de commerce et d'industrie de Bulgarie, 12 février 1998, Unilex ; décision du Recueil de jurisprudence n° 102 [Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 1989 (sentence arbitrale n° 6281)] ; décision du Recueil de jurisprudence n° 277 [Oberlandesgericht Hamburg, Allemagne, 28 février 1997] ; décision du Recueil de jurisprudence n° 166 [Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, Allemagne, 21 mars, 21 juin 1996]. Cf. *Ibid.*, p. 413.

49 Prenons un exemple : un vendeur allemand devrait livrer des marchandises (margarine) à un acheteur en Russie. L'acheteur avait payé une partie du prix en avance, mais n'a pas pu prendre livraison au motif que les marchandises ne pouvaient pas être importées dans son pays du fait de leur non-conformité. Sa demande de certificat de conformité a été rejetée par les autorités (les autorités n'ayant pas garanti qu'elles étaient propres à la consommation). L'acheteur (en Russie) a engagé une action devant le tribunal arbitral contre le vendeur (Allemand) afin de récupérer le prix payé, les frais des transports et des dommages-intérêts. Le tribunal estime que l'acheteur n'a pas violé le contrat. Il a payé les marchandises dans le délai prévu par le contrat. Il a également pris toutes les mesures nécessaires pour recevoir les marchandises et a versé une partie du prix en avance. Toutefois, en raison de « circonstances extérieures à sa volonté », il n'a pas pu accepter les marchandises puisque sa demande de certificat de conformité a été rejetée. Pour les raisons susmentionnées, le Tribunal a conclu que, puisqu'il n'y avait pas de faute de la part de l'acheteur, le vendeur ne peut pas demander le remboursement des pertes liées à l'expédition des marchandises. Voir FEDERATION DE RUSSIE. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry. *Sentence arbitrale n. 155/1996*. 22 janvier 1997. Disponible (en anglais) au : <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970122r1.html>>.

50 Nous pouvons mentionner une décision bulgare, qui a considéré que l'interdiction d'exporter édictée par le pays du vendeur pouvait constituer un « empêchement » au sens de l'article 79, mais qui refusé l'exonération au motif que l'empêchement en question était prévisible au moment de la conclusion du contrat. BULGARIE. Bulgarian Chamber of Commerce and Industry (BTTP - Bulgarska Turgosko-Promishlena Palata). *Arbitration Case n. 56/1995 (Coal case)*. 24 avril 1996. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/>>

Chine peut être mentionnée. Dans cette affaire, le tribunal a considéré qu'au moment de la conclusion du contrat, le vendeur avait la possibilité de prendre en considération l'influence du SRAS en Chine (qui avait commencé quelques mois avant la signature du contrat) et que cela ne devrait pas être considéré comme un empêchement au sein de l'article 79 de la CVIM dès lors qu'il était prévisible par les parties<sup>51</sup>.

Sur la deuxième partie du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 79 (question de savoir si la partie en défaut ne pouvait pas « prévenir » ou « surmonter » l'empêchement ou « ses conséquences »), il a été jugé qu'un vendeur de tomates n'était pas exonéré pour sa non-livraison des produits alors que des pluies violentes avaient endommagé la récolte dans son pays, provoquant une augmentation des cours sur le marché. La récolte n'ayant pas été détruite dans sa totalité, la juridiction a jugé que le vendeur aurait pu l'exécuter quand même et que la réduction de l'offre de tomates et l'augmentation de leur coût étaient des empêchements qu'il pouvait surmonter<sup>52</sup>. Dans certaines affaires, des juridictions ont tenté de savoir si la partie demandant à être exonérée aurait pu raisonnablement prévenir l'empêchement en procédant à une exécution analogue revenant à une « substitution commercialement raisonnable ». Un tribunal arbitral américain a analysé l'empêchement d'importation imposé par un État en raison de l'épidémie de la grippe aviaire. L'acte restrictif adopté par l'État roumain avait empêché le vendeur (une

---

[cases/960424bu.html](http://cases/960424bu.html)>.

Encore sur la condition que l'empêchement soit raisonnablement imprévisible par la partie en défaut, une décision allemande a rejeté l'exonération en raison que l'empêchement était prévisible par les parties. C'est ainsi que, lorsqu'un vendeur a demandé à être exonéré de sa responsabilité parce qu'il n'était pas en mesure de fournir du lait en poudre répondant aux règles d'importation de l'État de l'acheteur, la juridiction a jugé que le vendeur connaissait ces règles au moment où il avait signé le contrat et avait donc par avance assumé la responsabilité de trouver des marchandises conformes. PAYS-BAS. District Court's-Hertogenbosch. *Malaysia Dairy Industries v. Daïrex Holland*. 2 octobre 1998. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981002n1.html>>.

51 Une société néerlandaise conclut un contrat avec une société chinoise afin d'acheter la substance L-Lysine. Le vendeur (société chinoise) ne livre qu'une partie des marchandises (2/3 des marchandises), raison pour laquelle l'acheteur (société néerlandaise) fait appel à l'arbitrage afin de résilier le contrat. En sa défense, le vendeur présente l'exception de force majeure, qui, selon lui, aurait empêché la livraison des marchandises. Il affirme que l'épidémie causée par le SRAS et des inondations survenues pendant la même période consistaient des cas de force majeure, qui l'ont empêché de livrer la marchandise. Dans cette affaire, le tribunal d'arbitrage chinois n'accepte pas l'argument de force majeure invoqué par le vendeur, puisque celui-ci n'avait pas prouvé l'existence d'une situation d'exonération de responsabilité. Selon le tribunal, l'épidémie de SRAS fut survenue deux mois avant que les parties signent le contrat, ce qui explique pourquoi le SRAS n'était pas imprévisible pour les parties. En outre, le SRAS était parfaitement maîtrisé en Chine au moment de la conclusion du contrat. Par conséquent, le tribunal considère qu'au moment de la conclusion du contrat, le vendeur avait la possibilité de prendre en considération l'influence du SRAS en Chine et que cela ne devrait pas être considéré comme un empêchement au sein de l'article 79 de la CVIM. CHINE. China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC). *CIETAC Arbitration proceeding. L-Lysine case*. 5 mars 2005. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050305c1.html>>.

52 ALLEMAGNE. OLG Hamburg. Tomato concentrate case. 4 juillet 1997. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html>>.



société américaine) de livrer la marchandise (poulet) dans le port convenu dans le contrat (un port en Roumanie). Dans ce cas le tribunal arbitral a considéré que le vendeur n'avait pas respecté l'article 79 de la CVIM dès lors qu'il n'a pas livré les marchandises en un autre port (comme avait été proposé par l'acheteur) et, donc, n'a pas essayé de surmonter les conséquences de l'empêchement<sup>53</sup>. Cette question est également très importante durant la pandémie actuelle et une analyse du cas concret devra être faite afin de savoir si la partie en défaut aurait pu exécuter le contrat d'une façon différente (v.g., acheter les marchandises d'un autre fournisseur, livrer dans un autre local, etc.).

D'autre part, de nombreuses décisions ont énoncé que, pour appliquer correctement l'article 79, il convient avant tout d'évaluer la répartition des risques dans la relation contractuelle afin de savoir quels risques la partie qui cherche l'exonération avait assumé lors de la conclusion du contrat. La question principale est, ainsi, de savoir si cette partie a assumé le risque de l'évènement qui est à l'origine de son manquement<sup>54</sup>.

---

53 Voir ÉTATS-UNIS. International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association. *Macromex Srl. v. Globex International Inc.* 23 octobre 2007. Disponible (en anglais) au : < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>>. Dans cette affaire, une société américaine spécialisée dans l'exportation de produits alimentaires (vendeur) avait conclu des contrats avec une société roumaine (acheteur) pour expédier, entre autres, des quartiers de cuisses de poulet à l'acheteur. Une épidémie de grippe aviaire a incité le gouvernement roumain à interdire toutes les importations de poulet non certifié à partir d'une certaine date. Le vendeur n'a pas été en mesure de certifier à temps tout le poulet restant dans la commande, de sorte que la livraison finale a été incomplète. L'acheteur a alors proposé au vendeur d'expédier le reste de la commande de poulet à un endroit situé en dehors de la Roumanie, en suggérant certains ports. Le vendeur a finalement refusé la proposition, soutenant que les parties non exécutées du contrat étaient annulées par l'action du gouvernement roumain, ce qui constituait un cas de force majeure. Le vendeur a ensuite vendu le poulet non livré à un autre acheteur, avec un profit substantiel. L'acheteur a, ainsi, saisi le tribunal arbitral afin d'obtenir des dommages et intérêts pour le produit non livré par la société américaine. La question juridique clé restante était, ainsi, de savoir si le vendeur aurait dû se conformer à la proposition de l'acheteur d'expédier le produit en dehors de la Roumanie. En analysant la question de savoir si la partie ne pouvait pas surmonter les conséquences de l'empêchement au sens de l'article 79 de la CVIM, en cherchant des « alternatives commercialement raisonnables », le tribunal conclut que la livraison de la marchandise pourrait être effectuée dans un autre port. Le tribunal conclut, par conséquent, que le vendeur avait le devoir de livrer la marchandise en un autre port, et, en raison de n'avoir pas respecté cette obligation, l'acheteur avait droit à des dommages-intérêts à titre de réparation.

54 Une affaire concernant la livraison de caviar est très intéressante. Les risques étaient transférés à l'acheteur (Hongrie) lors de la conclusion du contrat. Le vendeur (Yougoslave) avait livré du caviar, mais en raison des sanctions internationales prises contre l'État du vendeur (Yougoslave), l'acheteur avait été empêché de prendre immédiatement livraison du caviar, lequel avait donc été détruit. Le tribunal arbitral a considéré que l'acheteur (la société hongroise) n'était pas exonéré de la responsabilité qui découlait pour lui du non-paiement du prix : le tribunal a souligné que la perte devait être supportée par la partie à qui incombait les risques au moment de la survenue du cas de force majeure. Elle a précisé que le risque du fret doit être supporté par l'acheteur, sauf si le contrat des parties ou la loi applicable en dispose autrement (article 67 de la CVIM). Par conséquent, la Cour d'arbitrage a déclaré que la demande du demandeur est fondée et a obligé l'acheteur (la société hongroise) à payer au demandeur la somme principale contractée. HONGRIE. Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest. *Budapest Arbitration proceeding Vb 96074*

Enfin, une dernière question doit être étudiée. Les parties peuvent prévoir dans leurs contrats des clauses de force majeure et/ou de *hardship*. Comment ces clauses contractuelles s'articulent-elles avec l'article 79 de la CVIM ? Certaines décisions ont interprété l'article 79 en parallèle avec les clauses de force majeure du contrat liant les parties. Dans une décision d'un tribunal allemand, un vendeur ne fut pas exonéré pour la non-livraison des marchandises, que ce soit en application de l'article 79 ou en application de la clause contractuelle de force majeure, ce qui laisse supposer que les parties n'excluent pas l'application de l'article 79 sur le simple fait d'avoir une clause de force majeure en leur contrat<sup>55</sup>. D'autre part, une autre décision, cette fois d'un tribunal arbitral russe, a rejeté la demande d'exonération de l'acheteur au motif que les circonstances qu'il présentait comme des cas de force majeure ne figuraient pas dans la liste exhaustive des cas de force majeure contenue dans le contrat qui liait les parties<sup>56</sup>. Dans le cas d'une pandémie, une attention spéciale doit être portée aux dispositions contractuelles concernant la liste des situations qui peuvent être considérées comme force majeure ou *hardship*. Il faut savoir si cette liste est exhaustive ou donne seulement des exemples et si, par exemple, d'autres mentions plus générales tels que « catastrophes naturelles », « pestes » ou « urgences sanitaires », par exemple, peuvent aussi englober la pandémie actuelle liée à la COVID-19 ou d'autres. Une analyse de chaque cas concret devra être poursuivie.

Comme nous avons affirmé auparavant, la CVIM est souvent interprétée avec l'appui des Principes d'UNIDROIT. Il faut se rappeler aussi que ceux-ci s'appliquent à tout type de contrat international, différemment de la CVIM, qui s'applique seulement aux ventes internationales de marchandises. Par ailleurs, ils représentent un système neutre et flexible qui peut être utilisé par les parties, juges et arbitres dans la résolution des conflits contractuels<sup>57</sup>. Analysons les solutions matérielles proposées par les Principes d'UNIDROIT en cas de problèmes relevant de l'exécution des contrats internationaux. Ceux-ci, contrairement à la CVIM, traitent expressément et séparément le *hardship* (Articles 6.2.1, 6.2.2 et 6.2.3) et la force majeure (Article 7.1.7)<sup>58</sup>.

(*Caviar case*). 10 décembre 1996. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>>.

55 Voir ALLEMAGNE. Oberlandesgericht Hamburg (Appellate Court Hamburg). *Iron molybdenum case*. 28 février 1997. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>.

56 Voir FEDERATION DE RUSSIE. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry. *Arbitration proceeding 123/1992*. 17 octobre 1995. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951017r1.html>>.

57 Les Principes d'UNIDROIT ont été traduits dans plus de vingt langues. La version en français est disponible au <<https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/french-integral>>. En outre, il convient de noter que plusieurs références bibliographiques ainsi que la jurisprudence relative à l'application pratique de cet instrument sont également disponibles sur le site web d'UNILEX. Le site UNILEX contient un grand nombre de décisions arbitrales et judiciaires, classées par origine (cour ou tribunal arbitral), par date et par article. Disponible au <<http://www.unilex.info/instrument/principles>>.

58 Très récemment, le Secrétariat d'UNIDROIT a publié un guide sur les solutions des Principes

Selon l'art. 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT une situation est considérée comme relevant du *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent « fondamentalement » l'équilibre des obligations contractuelles. L'article ajoute quatre conditions supplémentaires pour l'occurrence du *hardship* : (a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ; (b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ; (c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et (d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. Le juge ou arbitre devra analyser au cas par cas si l'altération est, ou non, « fondamentale »<sup>59</sup>. En outre, les faits nouveaux doivent soit augmenter le coût de l'exécution des obligations, soit diminuer la valeur de la contre-prestation<sup>60</sup>.

L'article 6.2.3 établit les effets du *hardship*. En cas de *hardship*, la partie lésée pourra demander la renégociation du contrat afin d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances. Cette demande doit être « motivée » et être faite « sans retard indu ». Cela veut dire que la demande d'ouverture de négociation doit être faite aussi vite que possible dès l'occurrence de la situation de *hardship*. Le délai précis dépendra des circonstances de l'espèce. La demande doit également indiquer les raisons sur lesquelles la demande est fondée, afin de permettre à l'autre partie de bien comprendre la situation. Le respect des principes de la bonne foi et de la coopération, également prévus par les Principes, doivent être observés. Le paragraphe second de l'article ajoute que la demande ne donne pas par elle-même le droit à la partie lésée de suspendre l'exécution de ses obligations, qui ne peut se justifier que dans des circonstances extraordinaires. Si les parties n'arrivent pas à un accord amiable dans un délai raisonnable, elles pourront saisir le tribunal pour

---

d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international face à la crise sanitaire de la Covid-19. Cette note donne des indications sur la manière dont les Principes pourraient aider à résoudre les principales ruptures contractuelles causées par les situations de pandémie et sur la manière dont la force majeure et le *hardship* peuvent s'appliquer dans les situations de pandémie. Voir UNIDROIT. *Note of the UNIDROIT Secretariat on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 health crisis*. Disponible (en anglais) au : <<https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>>.

59 Il n'existe pas de mesure quantitative exacte de ce qui doit être considéré comme « fondamental », mais toute application à un cas particulier doit être basée sur toutes les circonstances liées au contrat (nature du contrat, caractéristiques de la performance attendue, conditions du marché pertinent au moment considéré, etc.). Voir UNIDROIT. *Note of the UNIDROIT Secretariat on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 health crisis*, p. 18. Disponible (en anglais) au : <<https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>>.

60 Les faits nouveaux doivent modifier la situation de manière si substantielle qu'elle peut objectivement avoir conduit les parties à ne pas conclure le contrat ou à l'avoir conclu à des conditions différentes si les parties l'avaient considéré *ex ante*. En outre, l'augmentation du coût ou la diminution de la valeur doit pouvoir être constatée et déterminée objectivement. Il convient toutefois de noter que le *hardship* ne concerne que la prestation non rendue : la partie lésée ne peut invoquer une augmentation substantielle des coûts ou une diminution de la valeur de la partie qu'elle a déjà exécutée. Voir *Idem*.

trancher la question. Le juge saisi pourra ainsi, soit mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, soit adapter lui-même le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations<sup>61</sup>.

En ce qui concerne la force majeure, l'article 7.1.7 donne une définition très proche de celle de la CVIM : « un empêchement qui échappe à son contrôle [celui du débiteur] et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences ». Dans ce cas, le débiteur sera exonéré des conséquences de son inexécution<sup>62</sup>. L'objectif de l'article est ainsi d'exonérer le débiteur de responsabilité de la réparation des dommages. Il ne limite pas les droits de la partie qui n'a pas obtenu l'exécution du contrat à la résiliation du contrat. Parfois, l'empêchement rendra impossible toute exécution ; mais dans de nombreux autres, il retardera simplement l'exécution et l'effet de l'article sera d'octroyer un délai supplémentaire pour celle-ci. La partie lésée pourra ainsi, soit résoudre le contrat, soit suspendre son exécution, ou encore exiger les intérêts d'une somme échue (paragraphe 4). Comme pour le *hardship*, le débiteur doit notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences qui en découlent sous peine du paiement de dommages-intérêts (paragraphe 3)<sup>63</sup>.

Dans certains cas, il peut y avoir des situations de fait qui peuvent être considérées comme des cas de *hardship* et également de force majeure. Dans de tels cas, les commentaires des Principes disposent que « il appartient à la partie touchée par ces événements de décider du moyen à invoquer. Si elle invoque la force majeure, c'est pour justifier l'inexécution de sa prestation. D'autre part, si elle invoque le *hardship*, c'est en premier lieu en vue de renégocier les clauses du contrat afin de permettre au contrat de continuer à exister avec des clauses révisées »<sup>64</sup>.

### 3. CONCLUSIONS GENERALES

Nous avons analysé tout au long de cet article la réponse du Droit international privé des contrats aux parties qui se voient en difficulté ou dans l'impossibilité d'accomplir leurs obligations contractuelles en raison d'une situation de crise transnationale, comme la pandémie de la COVID-19. L'impact mondial d'une telle situation de crise est lourd de conséquences, et la manière de régler des différends contractuels qui en découlent n'a généralement pas été anticipée.

61 UNIDROIT. *Principes d'UNIDROIT aux contrats du commerce international*. 2016, p. 232 et ss. Disponible au : au <<https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/french-integral>>.

62 Les commentaires de l'article expliquent qu'il « couvre le domaine régi dans les systèmes de *common law* par les doctrines de la *frustration* et de l'impossibilité d'exécution et dans les systèmes de *civil law* par les doctrines telles que la force majeure, l'*Unmöglichkeit*, etc. ». Ibid., p. 251.

63 Ibid., p. 252 et ss.

64 Ibid., p. 231.

Nous avons vu que, pour identifier les outils disponibles aux parties dans une telle situation, il faut tout d'abord identifier les règles de droit applicables. Et, sur ce point, nous sommes face à une multiplicité des normes et méthodes hétérogènes : des règles de conflit de lois des différentes sources, des règles matérielles internationales, des principes généraux, la *lex mercatoria*. Enchevêtrée dans ces ramifications méthodologiques, on trouve la question de l'autonomie de la volonté. Amplement acceptée dans le monde, elle n'est pas expressément accueillie par la totalité de pays membres du MERCOSUR, raison pour laquelle l'insécurité juridique et la recherche de la solution au fond se complique encore plus. Par ailleurs, une fois les règles de droit applicables au contrat connues, il faut demeurer attentif à ce qui peut être considéré comme lois de police et normes d'ordre public. De telles normes, en raison de leur importance, peuvent écarter l'application de la loi qui, normalement, devrait s'appliquer au contrat en raison de la règle de conflit applicable.

Dès lors que nous avons identifié les règles matérielles applicables (nationales ou internationales), il faut chercher la solution au fond qu'elles proposent. La plupart des lois étatiques offrent des solutions d'exonération de responsabilité aux parties lorsque qu'elles se voient empêchées d'exécuter leurs obligations en raison des cas exceptionnels considérés comme des cas de force majeure ou des cas fortuit. D'autres systèmes juridiques prévoient une renégociation du contrat lorsque le contrat peut continuer à être exécuté mais que l'équilibre contractuel est rompu en raison d'un changement des circonstances (*hardship* ou clause « *rebus sic stantibus* »). Quelques pays du MERCOSUR n'ont pas de dispositions expresses concernant ce dernier concept. En outre, chaque ordre juridique peut donner une interprétation plus ou moins large de ces deux instruments typiques de la pratique du commerce international, en ajoutant un risque aux relations commerciales internationales.

Malgré ces divergences, nous avons aussi vu que les solutions posées par le droit interne ne sont pas toujours directement applicables aux contrats internationaux. Pour une grande partie du commerce international, ceux de la vente internationale de marchandises, la CVIM, s'appliquerait. Cette Convention s'applique à tous les États membres du MERCOSUR et à la grande majorité des États associés l'ont ratifiée. Elle devient ainsi le vrai droit matériel des contrats de vente internationale pour ces pays. Par ailleurs, il existe encore des principes généraux de droit ou ladite *lex mercatoria* qui peuvent être applicables, soit parce que les parties l'ont expressément incorporée dans leurs contrats, soit parce que les juges ou arbitres l'utilisent comme loi applicable en l'absence de choix ou comme source d'interprétation supplémentaire. Les Principes d'UNIDROIT, entrent dans cette catégorie et s'appliquent pour tout type de contrat international.

Tant la CVIM que les Principes d'UNIDROIT posent des règles autonomes et flexibles concernant l'inexécution des contrats et ses conséquences.

Ainsi, dans un cas exceptionnel de pandémie transnationale, comme celle de la COVID-19, les deux instruments prévoient des règles d'exemption de responsabilité en cas de *hardship* et force majeure.

Il n'existe pas de solution unique à tous les contrats affectés par une pandémie. L'appréciation des solutions devra être faite au cas par cas : tout dépendra de la « loi » applicable au contrat, du moment où le contrat a été conclu, de la nature des prestations, de la qualité des parties, où il était censé être exécuté, quel était le stade de la pandémie au sein de l'État et, enfin, comment les parties ont réparti les risques dans le contrat. En tout état de cause, le scénario est incertain et il fera preuve de bon sens tant de la part des acteurs du commerce international, que des arbitres et juges, afin que les relations juridiques soient préservées et que la sécurité juridique et la justice matérielle prévalent dans les relations commerciales internationales.

Le règlement amiable du conflit semble *a priori* la meilleure solution. L'actuelle crise transnationale peut surtout servir d'exemple aux juristes dans l'élaboration des contrats internationaux. Ces derniers devront dorénavant prendre en considération, avec suffisamment de précision, les clauses d'exonération de responsabilité des parties et leurs effets afin de traiter avec précision et clarté la survenance d'événements exceptionnels, comme ceux comparables à la crise actuelle de la COVID-19. Par exemple, il est important de préciser dans le contrat la loi applicable, bien analyser le choix du *for* compétent, et de rédiger avec soin les clauses contentant les événements susceptibles de revêtir les traits de la force majeure, du cas fortuit et du *hardship*.

## **RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES**

AGUIRRE, Cecilia Fresnedo de. « Aspectos generales del sector del derecho aplicable ». En : ARRO-YO, Diego P. Fernández (org.). Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR : Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay. Buenos Aires : Zavalia, 2003, Cap. 6., pp. 257-313.

ALBORNOZ, M. M. La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du MERCOSUR. Tese datilografada. Université Paris II, 2006.

ALFONSÍN, Quintín. Régimen internacional de los contratos, Montevideo, 1950.

ALLEMAGNE. Oberlandesgericht Hamburg (Appellate Court Hamburg). Iron molybdenum case. 28 février 1997. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>

ALLEMAGNE. OLG Hamburg. Tomato concentrate case. 4 juillet 1997. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html>>

ALLEMAGNE. Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg. Hamburg Arbitration proceeding (Chi-nese goods case). 21 mars 1996. Disponible (en

anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>

ANCEL, Marie-Élodie ; DEUMIER, Pascale ; LAAZOUZI, Malik. Droit des contrats internationaux, 1. ed. Paris : Sirey, 2017.

ARGENTINE. Code Civil et Commercial de la Nation, approuvé par la Loi 26.994, promulgué selon le Décret 1795/2014. Boletín Oficial de la República Argentina, 7 octobre 2014.

BELGIQUE. Hof van Cassatie (Cour de cassation). Scafom International BV c. Lorraine Tubes S.A.S (Case n. C.07.0289.N). 19 juin 2009. Disponible (en anglais) au : <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>>

BOGGIANO, Antonio. Curso de Derecho Internacional Privado : Derecho de las relaciones privadas internacionales, 2ª ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires : Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

BRESIL. Loi n. 40.406 du 10 janvier 2002, institue le Code Civil, Diário Oficial da União, 11 janvier 2002.

BRESIL. Loi n. 9.307 du 23 septembre 1996 sur l'arbitrage, Diário Oficial da União, 24 septembre 1996.

BULGARIE. Bulgarian Chamber of Commerce and Industry (BTTP - Bulgarska Turgosko-Promishlena Palata). Arbitration Case n. 56/1995 (Coal case). 24 avril 1996. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960424bu.html>>

CERQUEIRA, F. Vieira da Costa, Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du MERCOSUR, Thèse dact., Université de Strasbourg, 2010.

CHAMIE GANDUR, José Félix. La adaptacion del contrato por eventos sobrevenidos : de la vis cui resisit non potest a las clausulas de hardship. Bogota : Universidad Externado de Colombia, 2013.

CHILI. Loi n. 19.971 du 10 septembre 2004 sur l'arbitrage commercial international, Diario Oficial de la Republica de Chile, 29 septembre 2004.

CHINE. China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC). CIETAC Arbitration proceeding (L-Lysine case). 5 mars 2005. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050305c1.html>>

CISG-AC. Opinion No. 20, Hardship under the CISG, Rapporteur Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Adopté par le Conseil consultatif de la CISG à l'issue de sa 27e réunion, à Puerto Vallarta, Mexique, 2-5 février 2020. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgac.com/opinion-no20-hardship-under-the-cisg/>>

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL

INTERNATIONAL (CNUDCI). Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Édition 2016. Disponible au : <[https://www.uncitral.org/pdf/french/clout/CISG\\_Digest\\_2016\\_f.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/french/clout/CISG_Digest_2016_f.pdf)>

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI). Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, États-Unis, le 10 juin 1958.

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI). Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006, Vienne, Autriche, adoptée par la CNUDCI le 21 juin 1985 et amendée par elle le 7 juillet 2006.

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI). Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010), Vienne, Autriche, adoptée par la CNUDCI le 15 décembre 1976 et révisée par elle le 6 décembre 2010.

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI). Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, Autriche, 11 avril 1980. Disponible au : <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=X-10&chapter=10&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-10&chapter=10&clang=_fr)>

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI). Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, Autriche, 11 avril 1980. Liste complète des États parties : <[https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status)>

COMMUNAUTES EUROPEENNES. Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue le 19 juin 1980.

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH). Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, La Haye, Pays-Bas, conclue le 15 juin 1955, entrée en vigueur le 1er septembre 1964.

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH). Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, 19 mars 2015. Disponible au : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=135>>

DE MAEKELT, T. B. « La codificación interamericana en materia de derecho internacional privado en el contexto universal y regional ». En : Libro-Homenaje a Haroldo Valladao, Caracas, 1997, p. 151 et ss.



DE MAEKELT, T. B. *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

DEUMIER, Pascale. « La lex mercatoria entre ordre et désordre ». En : *Mélanges J. Foyer, Economica*, 2008.

DOLINGER, Jacob. *Contratos e obrigações no direito internacional privado (Direito civil internacional, vol. II)*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

ÉTATS-UNIS. International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association. *Macromex Srl. v. Globex International Inc.* 23 octobre 2007. Disponible (en anglais) au : < <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>>

FEDERATION DE RUSSIE. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry. *Sentence arbitrale n. 155/1996.* 22 janvier 1997. Disponible (en anglais) au : <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970122r1.html>>

FEDERATION DE RUSSIE. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry. *Arbitration proceeding n. 123/1992.* 17 octobre 1995. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951017r1.html>>

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. « ¡¡¡Un monstruo!!! ¿Derecho (...) quééééé...? ». En : ARROYO, Diego P. Fernández; RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno (org.). *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*. Buenos Aires, Argentina : Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2016. pp. 137-152. (*Jornadas de la ASADIP*).

HONGRIE. Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest. *Budapest Arbitration proceeding Vb 96074 (Caviar case)*. 10 décembre 1996. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>>

INTERNATIONAL CONFERENCE OF AMERICAN STATES. *Convention sur le droit international privé (Code Bustamante)*, La Habana, Cuba, conclue le 20 février 1928.

JAYME, Erik. « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne ». *Collect-ed Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, vol. 251.

LE PARLEMENT EUROPEEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE. *Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, 17 juin 2008.

LOQUIN, Éric. « Les Règles Matérielles Internationales ». *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2007, vol. 322.

LOQUIN, Éric. « Règles Matérielles du Commerce International et Droit économique ». *Revue internationale de droit économique*, 2010/1, t. XXIV, 1, pp. 81-101.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira ; PRADO, Gabriella Boger. « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil ». *Revue Critique de Droit International Privé*. Dalloz : Paris, avril-juin 2019, v. 2, pp. 427-456.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional privado*, 4. ed. Rio de Janeiro: Foren-se, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Actualités du droit international privé au Brésil*. *Revista de Direito Público*, Lisboa, janvier-juin 2018, n. 19, pp. 155-166.

MERCOSUR. *Accord sur l'arbitrage commercial international du MERCOSUR*, conclu à Buenos Aires, Argentine, le 23 juillet 1998.

MERCOSUR. *Information sur la suspension du Venezuela*. Disponible au (texte en espagnol) : <<https://www.mercosur.int/suspension-de-venezuela-en-el-mercosur/>>

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. « The New Paraguayan Law on International Contracts : Back to the Past? ». *Eppur Si Muove : The Age Of Uniform Law : Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT, Rome, 2016, v. 2, pp. 1146-1178.

NATIONS UNIES. *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, conclue à Genève, Suisse, le 21 avril 1961

NOODT TAQUELA, María Blanca. « Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados MERCOSUREños ». En : ARROYO, Diego P. Fernández (org.). *Derecho internacional privado de los estados del MERCOSUR : Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires : Zavalia, 2003. Cap. 25, pp. 979-1026.

OPERTTI BADAN, Didier. « Conflit de Lois et Droit Uniforme dans le Droit International Privé Contemporain : Dilemme ou Convergence ? ». *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2012, vol. 359.

ORGANISATION DES ÉTATS AMERICAINS (OEA). *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, conclue au Panama, République du Panama, le 30 janvier 1975.

ORGANISATION DES ÉTATS AMERICAINS (OEA). *Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-V)*. *Inter-American Convention on the law applicable to international contracts* (« Convention de Mexico »), Mexico, D.F., Mexique, 17 mars 1994.

ORGANISATION DES ÉTATS AMERICAINS (OEA). *Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas* (CJI/doc.577/19 rev.

l), 21 février 2019. Disponible (en anglais) au : <[https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide\\_Law\\_Applicable\\_to\\_International\\_Commercial\\_Contracts\\_in\\_the\\_Americas.pdf](https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Commercial_Contracts_in_the_Americas.pdf)>

PAMBOUKIS, Charalambos P. « Droit International Privé Holistique : Droit Uniforme et Droit International Privé ». Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2008, vol. 330.

PAMBOUKIS, Charalambos P. « La lex mercatoria reconsidérée ». En : Mélanges Paul Lagarde, Dalloz, 2005.

PARAGUAY. Loi n. 1.879, du 24 avril 2002, de arbitrage et médiation, Gaceta Oficial de la República del Paraguay, 26 avril 2002.

PARAGUAY. Loi n. 1183 du 18 décembre 1985, Code Civil, Gaceta Oficial de la República Del Paraguay, 23 décembre 1985.

PAYS-BAS. District Court's-Hertogenbosch. Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland. 2 octobre 1998. Disponible (en anglais) au : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981002n1.html>>

PEROU. DL n. 1.071 de 2008, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, en vigueur depuis le 1er septembre 2008.

PRIMER CONGRESO SUDAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Traité de droit civil international (« Tratado de Derecho Civil Internacional » ou « Traité de Montevideo de 1889 »), Montevideo, Uruguay, conclu le 12 février 1889.

RACINE, J.-B. L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ : Paris, 1999.

SAMTLEBEN, Jürgen. « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano ». Revista de Informação Legislativa, Brasília, 1985, a. 22, n. 85, pp. 257-276.

SCHLECHTRIEM, Peter ; WITZ, Claude. Contrats de vente internationale de marchandises, Paris, Dalloz, 2008.

SEGUNDO CONGRESO SUDAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Traité de droit civil international (« Tratado de Derecho Civil Internacional » ou « Traité de Montevideo de 1940 »), Montevideo, Uruguay, conclu le 19 mars 1940.

SILVA ALONSO, Ramon. Derecho Internacional Privado : Teoría General, Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional, 6. ed., Asunción : Intercontinental Editora, 2002.

SIQUEIROS, José Luis. « Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Dere-cho Aplicable a los Contratos Internacionales

». En : *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*, 2. ed. São Paulo : LTr, 2000.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

UNIDROIT. Note of the UNIDROIT Secretariat on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 health crisis. Disponible (en anglais) au : <<https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>>

UNIDROIT. *Principes d'UNIDROIT aux contrats du commerce international*, 2016. Disponible au : <<https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/french-integral>>

UNILEX. UNIDROIT PRINCIPLES. Disponible (en anglais) au <<http://www.unilex.info/instrument/principles>>

URUGUAY. Loi n. 16.603 du 19 octobre 1994, Code civil, Diario Oficial, 21 novembre 1994

VENEZUELA. Code civil du Venezuela, Gaceta Oficial n. 2.990, 26 juillet 1982.

VENEZUELA. Loi d'arbitrage commercial, Gaceta Oficial n. 36.530, 7 avril 1998.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic. Disponible au : <[www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019](http://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019)>



### **Contratos de comercio internacional ante situaciones de crisis sanitarias transnacionales en el contexto del MERCOSUR**

**Resumen:** Numerosas pandemias han impactado en el mundo. Actualmente, el mundo está atravesando una crisis dramática y sin precedentes: la pandemia mundial de COVID-19. Sea por las consecuencias naturales de las pandemias o por las medidas impuestas por los Estados, un gran número de contratos internacionales se ven comprometidos, se tornan más difíciles o resultan imposibles de ser ejecutados. El debate se está intensificando en el derecho contractual interno, en particular en torno de la posibilidad de aplicar la fuerza mayor, un concepto común a los países de derecho civil, o la denominada cláusula de dificultades económicas, típica de los países de derecho anglosajón. Sin embargo, los mecanismos típicos de las leyes

nacionales a menudo no se adaptan al comercio internacional que, por su propia naturaleza, requiere soluciones adaptadas a su carácter de riesgo. Además, los conflictos entre los diferentes sistemas jurídicos en cuestión pueden constituir un riesgo adicional porque frecuentemente hay una falta de coherencia y coordinación entre las soluciones previstas en los diferentes países. Frente a este complejo escenario, ¿cuáles son las soluciones que ofrece el Derecho Internacional Privado en tales casos? Pasando por la definición del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales hasta llegar a las posibles soluciones materiales existentes en caso de manifiesta dificultad o imposibilidad de ejecución, este artículo tiene por objeto orientar a los operadores del derecho de los países del MERCOSUR en la solución de los posibles conflictos derivados de las repercusiones directas e indirectas de las crisis sanitarias transnacionales en sus relaciones comerciales internacionales.

**Palabras clave:** Contratos comerciales internacionales, Crisis sanitarias transnacionales, Derecho aplicable, Soluciones materiales.


## RÉSUMÉ BIOGRAPHIQUE

*Valerio de Oliveira Mazzuoli* est Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université Fédérale du Mato Grosso - UFMT. Post-doctorat en sciences juridiques et politiques par l'Université classique de Lisbonne. Docteur summa cum laude en droit international par l'Université Fédérale de Rio Grande do Sul - UFRGS. Membre effectif de la Société brésilienne de droit international - SBDI. Avocat et membre consultant du Comité spécial de droit international du Conseil Fédéral de l'Ordre des Avocats du Brésil.

*Gabriella Boger Prado* est Doctorante en droit international privé à l'Université Panthéon-Assas, Paris II. Titulaire d'un Master en droit international privé et du commerce international par l'Université Panthéon-Assas, Paris II. Avocate au Brésil et en Portugal.

# Análise do Laudo N° 01/2012: como funciona a medida de urgência no Tribunal Permanente de Revisão

## Análisis del Laudo N° 01/2012: cómo funcionan las medidas de urgencia en el Tribunal Permanente de Revisión

Nanny Santana Leal de Figueiredo\* 

Mário Jorge Philocreon de Castro Lima\* 

---

**Resumo:** O presente trabalho tem por objeto o procedimento especial de urgência no Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (TPR). A partir da celebração do Protocolo de Olivos (PO), o bloco econômico buscou atualizar seu sistema de solução de controvérsias, instituindo o tribunal arbitral para solidificar o direito de integração mercosulino, assim como garantir maior segurança jurídica para seus Estados Parte. O Art. 24 do referido protocolo institui o procedimento especial, para situações em que haja risco de dano irreparável caso não sejam tomadas medidas remediais. Nesse aspecto, analisa-se quais são os critérios para a adoção desse procedimento, fazendo recorte da Decisão N° 23/04 emitida pelo Conselho Mercado Comum do MERCOSUL que busca regulá-lo. Por fim, este trabalho examina a aplicabilidade prática tanto da Decisão, quanto do próprio procedimento especial por meio do Laudo N° 01/2012 emitido pelo TPR em resposta à demanda submetida pelo Paraguai. O objetivo é identificar os problemas decorrentes da limitação do procedimento especial, conforme a observação dos referidos documentos. A relevância desse tópico envolve o futuro da integração entre os países do MERCOSUL, assim como eficiência do seu sistema de solução de controvérsias. O método acadêmico utilizado foi a pesquisa qualitativa.

**Resumen:** El objeto de este documento es el procedimiento especial de

---

\* Universidade Federal da Bahia, Brasil.  
E-mail: nannyslf@gmail.com  
Recibido: 21/07/2020. Aceptado: 05/04/2021.



urgencia en el Tribunal de Revisión Permanente (TPR) del MERCOSUR. Después de la firma del Protocolo de Olivos (PO), el bloque económico buscó actualizar su sistema de solución de controversias, instituyendo el tribunal arbitral para solidificar el derecho de integración del Mercosur, así garantizando una mayor seguridad jurídica para sus Estados Partes. El artículo 24 del mencionado protocolo establece el procedimiento especial para situaciones en las que hay riesgo de daños irreparables cuando no se tomen medidas correctivas. En este sentido, se analizan los criterios para la adopción de este procedimiento, delineando la Decisión N° 23/04 emitida por el Consejo del Mercado Común del MERCOSUR que busca regularlo. Finalmente, este documento examina la aplicabilidad práctica tanto de la Decisión como del procedimiento especial en sí mismo mediante premio N° 01/2012 emitido por TPR en respuesta a la demanda presentada por Paraguay. El objetivo es identificar los problemas resultantes de la limitación del procedimiento especial, de acuerdo con la observación de los documentos referidos. La relevancia de este tema implica en el futuro de la integración entre los países del MERCOSUR, así como en la eficiencia de su sistema de solución de controversias. El método académico utilizado fue la investigación cualitativa.

**Palavras-chave:** MERCOSUL, Protocolo de Olivos, Procedimiento especial.

**Palabras clave:** MERCOSUR, Protocolo de Olivos, Procedimiento especial.

## 1. INTRODUÇÃO

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) é uma organização internacional formada por países da América do Sul e se apresenta atualmente como maior forma de integração econômica entre os seus membros efetivos — Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela (suspensa atualmente) — assim como entre os membros associados. A ideia de uma entidade que pudesse estabelecer uma zona de livre comércio e política comercial comum entre as nações, foi concretizada a partir do Tratado de Assunção de 1991. Desde então, a organização tem se expandido por meio de encontros, protocolos legais, e resoluções para formar a presente união aduaneira.

Devido a sua finalidade eminentemente econômica, o MERCOSUL visa respeitar as soberanias de cada país, ao mesmo tempo que regula as negociações comerciais entre estes e também com outros países do mundo. Dentro desse contexto, surge a questão de como lidar com as controvérsias que invariavelmente surgem entre os Estados. Ao mesmo tempo que a organização deve garantir as prerrogativas de seus membros, a segurança jurídica também necessita ser observada para todos.

Nesse sentido, o próprio Tratado de Assunção estabelece um ordenamento jurídico próprio, de natureza simplista. Ao longo dos anos, esse mesmo ordenamento foi aperfeiçoado pelo Protocolo de Olivos (PO) que criou o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), uma corte arbitral de dupla

instância, apta a rever as decisões proferidas em julgamentos ad hoc para os conflitos envolvendo membros do MERCOSUL, assim como também para resolvê-los de forma originária em situações excepcionais.

O presente artigo visa analisar o funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão, mais especificamente, como é o trâmite do procedimento de urgência nesta corte, conforme o estabelecido pelo Art. 24 do Protocolo de Olivos.

Na primeira parte, será analisada a criação do Protocolo de Olivos e o perquirido significado do Art. 24, que determina a criação de “procedimentos especiais para atender casos excepcionais de urgência que possam ocasionar danos irreparáveis às partes”.

Na segunda parte, será avaliada a importância da Decisão N° 23/04 do Conselho de Mercado Comum (CMC) do MERCOSUL que estabelece os parâmetros para que um Estado possa requerer procedimento de urgência ao Tribunal Permanente de Revisão, a fim de que este solucione a controvérsia.

Já na terceira parte, será analisado como funciona na prática o procedimento de urgência no TPR, tendo como parâmetro o Laudo N° 01/2012, emitido pela Corte sobre disputa suscitada pelo Paraguai.

Por fim, será explicitado os aspectos problemáticos do funcionamento deste procedimento de urgência face à sua aplicabilidade prática no TPR. Considerando a necessidade de que o processo seja hígido, não somente para asseverar o acesso à justiça eficiente para os Estados membros do MERCOSUL, assim como preservar a segurança jurídica, uma vez que esta se mostra um princípio fundamental para o bom funcionamento da organização internacional e potencialização de suas capacidades.

## **2. ANÁLISE PROTOCOLO DE OLIVOS (PO) E SEU ART. 24**

O Protocolo de Olivos consiste em documento assinado pelos membros do MERCOSUL em 18 de fevereiro de 2002, com finalidade de aperfeiçoar o sistema de solução de controvérsias da organização. O dispositivo serviu para atualizar a estrutura jurídica da instituição, entrando em vigor no ano de 2004<sup>1</sup>.

No Brasil, o documento foi promulgado por meio do Decreto Presidencial N°4.982 de 2004, após aprovação do Congresso Nacional. No MERCOSUL, o regulamento do PO foi aprovado através da Decisão do CMC N° 37/03, possuindo caráter de cumprimento obrigatório em relação aos Estados Partes<sup>2</sup>.

O protocolo surge como uma resposta à Decisão do CMC N° 25/00, que tinha por intuito atualizar as disposições do Protocolo de Brasília. Este estabelecia procedimento legal bifurcado em duas fases, diplomática e

---

1 MERCOSUL. Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. N° 23/04: *Procedimento Para Atender Casos Excepcionais De Urgência Art. 24 Do Protocolo De Olivos Para A Solução De Controvérsias No MERCOSUL*, firmada em Puerto Iguazu, República Argentina, 07 de julho de 2004.

2 Ibid.



arbitral, de forma que inicialmente se encorajava as negociações diretas entre as partes da controvérsia para resolvê-la<sup>3</sup>. E, se elas não chegassem espontaneamente a um acordo, a fase arbitral se concentraria na formação de um Tribunal *Ad Hoc*, ou seja, um tribunal destinado a resolver aquela causa específica<sup>4</sup>.

Contudo, havia lacuna na hipótese em que os Estados envolvidos na controvérsia não cumprissem a decisão contida no Laudo Arbitral ou se quisessem recorrer de tal decisão. A ausência de instância superior dotada de competência para lidar com essas questões foi solucionada pela elaboração do PO. Após a revogação do Protocolo de Brasília, o PO assume o dever de solucionar controvérsias oriundas da aplicação e interpretação de documentos legais que regem o MERCOSUL.

Entre os seus objetos encontram-se, por exemplo, o Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, as Decisões do CMC, as Resoluções do Grupo Mercado Comum, bem como as Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL.

Para cumprir seu objetivo, o PO estabelece um amplo leque de modalidades para solução de controvérsias, contendo instâncias facultativas que precedem a arbitragem, conforme estabelecido em seu artigo segundo até o oitavo. Ou seja, é possível que alternativamente os Estados envolvidos numa controvérsia recorram à Organização Mundial do Comércio<sup>5</sup> ou então, dentro do próprio MERCOSUL, ao Grupo de Mercado Comum<sup>6</sup> que tem a competência de definir recomendações adequadas à solução da demanda<sup>7</sup>.

Contudo, o que qualifica o PO como inovador é a criação do Tribunal Permanente de Recursos (TPR), como uma resposta para esse problema. Formado por cinco árbitros com mandato de dois anos, todos com dever de estar continuamente disponíveis para o desempenho de suas funções, o TPR apresenta natureza híbrida, combinando características de cortes judiciais e arbitrais.

O PO preserva, assim, parte da estrutura estabelecida no Protocolo de Brasília, de forma que as negociações entre Estados continua sendo uma fase obrigatória para resolver controvérsias e a fase arbitral também resta vigente, e avança na estrutura jurídica do próprio MERCOSUL ao criar um Tribunal de natureza permanente que possibilita aos Estados Parte o acesso ao duplo grau de jurisdição.

Nessa lógica, os Estados Parte integrantes do litígio possuem duas opções: a) invocar o duplo grau de jurisdição, o primeiro grau ilustrador por

---

3 MERCOSUL. *Protocolo De Brasília Para A Solução De Controvérsias*, firmado em Brasília, República Federativa do Brasil, 17 de dezembro de 1991.

4 MERCOSUL. *Protocolo de Olivos Para A Solução De Controvérsias No MERCOSUL*, firmado em Olivos, Província de Buenos Aires, República Argentina, 18 de fevereiro de 2002.

5 MERCOSUL. *Protocolo de Olivos Para A Solução De Controvérsias No MERCOSUL*, firmado em Olivos.

6 Ibid. Art. 6, item 2

7 Ibid. Art. 7, item 1

decisão emitida pelo tribunal ad hoc e o segundo grau de jurisdição, através de recurso dirigido ao TPR; b) invocar a competência do TPR como único grau de jurisdição, sem a possibilidade de recurso, conforme o Art. 23 do PO<sup>8</sup>.

Importa ressaltar que concernente às revisões de Laudos Arbitrais, o Art.17 do PO determina que o Tribunal poderá lidar unicamente com as questões de direito exploradas em primeira instância e as interpretações jurídicas da causa emitidas pelos árbitros, ou seja, questões preponderantemente formais que não adentram o mérito da causa em específico.

Após aludir à instância única de jurisdição no Art. 23, o PO segue no Art. 24 com uma previsão excepcional que estabelece procedimento especial para situações de urgência. Contudo, devido a sua grafia imprecisa, não se tem uma compreensão clara de como funcionaria tal procedimento. Há doutrina interpretando que devido à localização do artigo no PO, o intuito foi de conceder poder ao Tribunal Permanente de Revisão para que, em um procedimento autônomo, antes do início de qualquer ação jurisdicional ou durante seu processamento, determine as medidas de emergência que considerar adequadas para remediar controvérsias, antes que haja dano irreparável à reclamante<sup>9</sup>.

Porém, qual seria o escopo material desse procedimento? A ausência de determinações explícitas no Art. 24 abriu espaço para especulação doutrinária sobre sua real aplicabilidade. O advento da Decisão N° 23/04 do Conselho de Mercado Comum do MERCOSUL mudou isso.

### **3. A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO Nº 23/04 DO CONSELHO DE MERCADO COMUM DO MERCOSUL PARA A APLICABILIDADE CONCRETA DO ART. 24 DO PO**

Uma vez que os parâmetros de aplicação do Art. 24 não foram fixados pelo PO, o Conselho de Mercado Comum estabeleceu critérios práticos que estipulam em que circunstâncias e de que forma os países poderão recorrer ao TPR para instaurar o procedimento especial de urgência.

O CMC, órgão superior do MERCOSUL incumbido da condução política do processo de integração, também emite decisões de cumprimento obrigatório para os Estados membros, devendo ser implementadas por meio dos mecanismos próprios de recepção conforme os ordenamentos jurídicos estatais vigentes<sup>10</sup>. Portanto, se algum Estado Parte não converter decisão em norma de direito interno, estará violando diretamente os princípios que

8 SOARES DOS SANTOS, R.; SANTOS, R. 2015. Os Vinte e Quatro Anos do Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL e o Caso de Suspensão do Paraguai. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, vol 36, nº 70, pp. 253.

9 DÍAZ PEREIRA, R. "Protocolo de Olivos: algunas reflexiones sobre los institutos que deben ser objeto de reglamentación específica". *Cuaderno de Negocios Internacional e Integración*, nº 36-40, p. 24

10 SOARES STERSI DOS SANTOS, Ricardo. "MERCOSUL e Arbitragem Internacional Comercial: Aspectos Gerais e Algumas Possibilidades" [Tese de Mestrado]. Orientador: Prof. Dra. Vera T. A. Grillo. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. p. 78.

regem o Tratado de Assunção (criador do MERCOSUL)<sup>11</sup>.

Dessa forma, surge a Decisão N° 23/04 emitida pelo CMC com intuito de regular procedimento especial previsto pelo Art. 24 que traz a seguinte previsão:

Art. 2 - Qualquer Estado Parte poderá recorrer ante o Tribunal Permanente de Revisão (TPR) sob o procedimento estabelecido na presente Decisão sempre que se cumpram os seguintes requisitos:

a.- que se trate de bens perecíveis, sazonais, ou que por sua natureza e características próprias perderam suas propriedades, utilidade e/ou valor comercial em um breve período de tempo, se foram retidos injustificadamente no território do país reclamado; ou de bens que estivessem destinados a atender demandas originadas em situações de crise no Estado Parte importador;

b.- que a situação se origine em ações ou medidas adotadas por um Estado Parte, em violação ou descumprimento de normativa MERCOSUL vigente;

c.- que a manutenção dessas ações ou medidas possam produzir danos graves e irreparáveis;

d.- que as ações ou medidas questionadas não sejam sendo objeto de uma controvérsia em curso entre as partes envolvidas<sup>12</sup>.

É evidente que estes requisitos restringem as possibilidades de atuação dos Estados Parte, contudo ainda há dúvidas se na hipótese de ocorrência de qualquer um deles já seria possível instaurar o procedimento especial ou seria necessário estarem todos presentes cumulativamente.

O Art. 6 do mesmo documento, contudo, ressalta que a medida urgente pertinente ao caso será determinada, após a comprovação da incidência de todos os requisitos. Dessa forma, os Estados somente podem recorrer emergencialmente ao TPR para resolver questões de natureza comercial. Assim, as controvérsias políticas urgentes geradas por interpretações conflitantes de fontes legais do MERCOSUL são, *a priori*, excluídas da competência da Corte.

Nesta perspectiva, mesmo em situações políticas em que haja conflito com risco de danos irreparáveis sobre a aplicação de documentos como é o caso do Protocolo de Ouro Preto, que regula a estrutura institucional do MERCOSUL e o seu funcionamento<sup>13</sup>, ou do Protocolo de Ushuaia II, que estabelece cláusula democrática para todos os membros da organização. Em ambos, o TPR não poderia intervir para garantir o eficaz acesso à justiça e remediar situações de risco.

---

11 Ibid.

12 MERCOSUR/CMC/DEC. n. 23/04.

13 MERCOSUL. Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto), firmado em Ouro Preto, República Federativa do Brasil, 17 de dezembro de 1994.

À luz dessa problemática, argumenta-se que seria mais efetivo o escopo dos procedimentos especiais serem amplificados. Nesse sentido:

2°. estos procedimientos especiales deberán ser establecidos, en principio, con un alcance general. De no ser así, el C.M.C., por razones derivadas de su composición y trámites necesarios para su convocatoria, difícilmente podría atender debidamente todos los casos excepcionales de urgencia que pudieran presentarse”<sup>14</sup>.

Ao se considerar que o TPR foi criado justamente para prover maior suporte às soluções de controvérsias jurídicas perante o MERCOSUL, parece ineficaz restringir a sua atuação em situações emergenciais, excluindo por completo disputas políticas — que são passíveis de ocorrer com o aprofundamento das relações entre os Estados Parte<sup>15</sup>.

Além disso, o doutrinador Puñal sugere que ao não garantir um amplo escopo de atuação para o TPR nessa questão, cria-se um desnivelamento de responsabilidade entre os órgãos. Pois, apesar do CMC ser responsável por lidar com questões políticas atinentes ao bloco econômico, ele ainda exerce muitas outras funções, como por exemplo, o dever de apreciar os aspectos técnicos atinentes à resolução de determinada controvérsia, conforme estabelece o Art. 2 do Protocolo de Olivos, vislumbra-se então um risco de maior morosidade para resolução das lides em geral<sup>16</sup>.

Isto significa que quando a Decisão N° 23/04 limita o escopo do procedimento excepcional e de urgência perante o TPR, por consequência compromete a própria eficácia do órgão, bem como da estrutura jurídica do MERCOSUL.

Contudo, não se pode olvidar o argumento de que apesar de não se poder utilizar do procedimento especial, os Estados que precisarem terão a possibilidade de recorrer ao trâmite geral estabelecido pelo PO, que é competente para lidar com todas as controvérsias não abarcadas pelo escopo da Decisão N° 23/04, conforme se vê, *in verbis*:

para declararse admisible la presentación del estado parte, debe constatarse la sucesión conjunta de los requisitos mencionados. De otra forma, bien podría instarse el proceso sin que existiese conflicto con normas Mercosur, o respecto de bienes o productos que no pueden entenderse incluidos en el listado taxativo expuesto en el inciso a) del artículo mencionado - que justificaría el inicio del procedimiento general establecido por el PO<sup>17</sup>.

---

14 MARTÍNEZ PUÑAL: El sistema institucional del MERCOSUR..., cit., p. 325, grifo nosso.

15 PEREIRA, M. De Brasília ao Pós Olivos, p. 522 - Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 64, pp. 519 - 538, jan./jun. 2014

16 PEREIRA, M. Op. cit. p. 535.

17 DELUCA, El procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, cit., p. 94, grifo nosso.

Nesse ponto, apesar do aparato jurídico estabelecido pelo PO estabelecer outras instâncias à disposição dos Estados membros, pode ocorrer situação excepcional onde há risco de dano grave e o Estado envolvido na controvérsia se encontra impossibilitado de acionar o referido aparato, por razões diversas — vide estar suspenso do MERCOSUL. Nessa hipótese, a privação do acesso ao procedimento especial em razão da natureza política da demanda pode ilustrar a ineficiência do próprio instrumento.

Constata-se então a necessidade de manter a disponibilidade do TPR para lidar com qualquer matéria, não só comercial, diante da ocorrência de casos em que tal instância é a única alternativa de exercício da ampla defesa, como foi o caso do Paraguai em 2012, à época suspenso do bloco econômico.

Esta controvérsia permanece até hoje como a única perante o TPR que colocou em prática os requisitos estipulados pela Decisão N° 23/04.

#### **4. LAUDO N° 01/2012 DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO E OS ASPECTOS POLÊMICOS DO PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA**

O Laudo N° 01/2012 surge como um instrumento paradigmático para a jurisprudência arbitral do TPR. Como a Decisão N° 23/04 nunca tinha sido aplicada em um caso antes, a partir desse Laudo é possível observar quais são seus efeitos práticos na resolução de controvérsias, em específico como ela pode ser utilizada para limitar o escopo material da atuação do tribunal.

Em 09 de Julho de 2012, o governo do Paraguai entrou com pedido de procedimento de urgência com base no Art. 24 do PO, solicitando subsidiariamente, a aplicação dos Arts. 1 e 23 do PO no intuito de:

se declararem inaplicáveis: 1) a decisão que suspende o Paraguai de participar nos órgãos do MERCOSUL e 2) a declaração que incorpora a República Bolivariana da Venezuela (adiante Venezuela) como membro pleno do MERCOSUL. Ambas as decisões foram adotadas pelos Presidentes da Argentina, do Brasil e do Uruguai na Reunião de Cúpula de Presidentes realizada em Mendoza, Argentina, no dia 29 de junho de 2012<sup>18</sup>.

Ocorre que o Paraguai foi suspenso do bloco econômico em razão do *impeachment* relâmpago do então presidente Fernando Lugo, que teve sua realização considerada antidemocrática pelos Estados membros do MERCOSUL<sup>19</sup>. A suspensão temporária do país no bloco foi determinada

---

18 TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL. *Laudo do tribunal permanente de revisão no procedimento excepcional de urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à suspensão de sua participação nos órgãos do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e à incorporação da Venezuela como membro pleno*. Laudo N° 01/2012 de 21 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2012\\_pt.pdf](http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/Laudo_01_2012_pt.pdf)>

19 C. N. RIBEIRO, Clarice; B. M. DIZ, Jamile; “A Situação Do Paraguai No Contexto Do MERCOSUL: A Integração Sul-americana A Partir De Uma Concepção Democrática”. Em: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB (João Pessoa, 2014). A humanização do Direito e a horizontalização da justiça no século XXI: Conpedi, 2014, vol 01, p. 7.

em 24 de junho de 2012<sup>20</sup>, tendo como respaldo o Art. 5 do Protocolo de Ushuaia (PU) que busca rechaçar o rompimento com regime democrático com medidas enérgicas

Foi através do PU, em vigor desde janeiro de 2002, que a cláusula democrática foi formalmente integrada ao Tratado de Assunção<sup>21</sup>. Nesse sentido, por meio do primeiro artigo do mencionado documento, a manutenção da democracia pelos Estados Parte se torna condição *sine qua non* do processo de integração do MERCOSUL, devendo a sua violação ser punida.

De acordo com o Art. 5º do PU, a suspensão implica na impossibilidade de participação do Estado nos órgãos do processo de integração — ou seja, o Grupo de Mercado Comum, CMC e afins — ou, como medida mais extrema, a interrupção dos direitos e deveres decorrentes desses processos<sup>22</sup>.

Tendo isto em vista, o Paraguai alegou em sua petição ao TPR que o procedimento especial restava como sua única opção, pois devido sua suspensão, não possuía acesso às demais instâncias do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, além de estar submetido ao impedimento da participação dos seus representantes nos órgãos que deveriam intervir para adequar o procedimento<sup>23</sup>.

Em observação ao rito do procedimento especial, após receber a representação o TPR se instaura com todos os seus membros para analisá-la, devendo decidir por maioria no prazo de seis (6) dias corridos<sup>24</sup>. Caso deliberasse por conceder a medida de urgência em razão de sua procedência e por cumprir os requisitos exigidos, deveria resguardar proporcionalidade com o dano demonstrado<sup>25</sup>. A deliberação foi emitida no formato de Laudo arbitral — o Laudo N° 01/2012

Diante da relevância deste documento, é necessário perquirir a natureza jurídica dos laudos arbitrais dentro da estrutura do TPR. De acordo com o Art. 26 do PO, eles são inapeláveis, além de obrigatórios para os Estados Parte envolvidos na controvérsia, a partir de sua notificação, possuindo quanto a eles força vinculante.

O PO especifica que os laudos arbitrais fazem coisa julgada tanto formal quanto material<sup>26</sup>, consolidando assim a segurança jurídica e credibilidade do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL<sup>27</sup>. A hipótese de

20 C. N. RIBEIRO, Clarice; B. M. DIZ, Jamile, Op. cit. p. 3.

21 HOFFMANN, 2009, p. 344.

22 MERCOSUL. Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile, firmado em Ushuaia, República Argentina, 24 de julho de 1998. Art. 5.

23 Laudo N° 01/2012, §16

24 MERCOSUL. Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. N° 23/04: Procedimento Para Atender Casos Excepcionais De Urgência Art. 24 Do Protocolo De Olivos Para A Solução De Controvérsias No MERCOSUL, firmada em Puerto Iguazu, República Argentina, 07 de julho de 2004.

25 MERCOSUR. Tribunal Permanente de Revisión. Disponível em: <[tprmercotur.org/pt/sol\\_contr\\_med\\_urgencia.htm](http://tprmercotur.org/pt/sol_contr_med_urgencia.htm)>

26 Protocolo de Olivos, art. 23.

27 ROSADO TARGINO NÓBRE, Aline. Mauricio da Siva, Marcelo. A Incorporação dos Laudos

descumprimento do Laudo caracteriza ilícito internacional, de forma que o Estado que se perceber prejudicado poderá recorrer aos mecanismos de responsabilização internacional. Sendo apenas necessário comprovar a ocorrência de imputabilidade e o dano<sup>28</sup>.

Possuindo estas características, o Laudo N° 01/2012 também traz um apanhado objetivo das alegações do demandante (Paraguai), assim como dos demandados (Argentina, Brasil e Uruguai). A defesa alegou primariamente a incompetência *ratione materiae* do TPR, uma vez que as decisões nas quais se baseiam a controvérsia são de natureza política, que seria incompatível com a natureza comercial do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. Ademais, alegou, ainda, a inadequação da via eleita pelo Paraguai para discutir a questão, pois os procedimentos especiais com base no Art. 24 seriam restritos para disputas comerciais, devendo se observar cumulativamente os requisitos da Decisão N° 23/04 — o que não ocorreu no presente caso. Por fim, questiona a aplicabilidade do Art. 23 do PO nesta circunstância<sup>29</sup>.

Em resposta a essas alegações, em específico as duas primeiras, a decisão contida no Laudo determina de início que a jurisdição do TPR conforme estipulado no PO é ampla, sem qualquer limitação material, mas apenas pessoal. Dessa forma, não exclui a análise de qualquer espécie de controvérsia no marco normativo do MERCOSUL, ou seja, o questionamento político trazido pelo Paraguai é passível de apreciação.

Em seguida, em análise da questão atinente ao cabimento ou não se é cabível ou não o procedimento especial para esta controvérsia, o TPR reconhece que o caso concerne uma ação adotada pelos Estados Parte, que implica em suposta violação da normativa do MERCOSUL, podendo produzir graves danos, considerando seriedade da situação descrita e seus efeitos, inclusive para um terceiro Estado. Assim como estabelece que ainda não existe controvérsia em curso sobre esse objeto. Logo, dois dos requisitos principais da Decisão N° 23/04 foram cumpridos.

Contudo, o tribunal declarou sua incompetência originária para lidar com a demanda, pois: a controvérsia não trata de “bens perecíveis, sazonais, retidos injustificadamente no território do país demandado”, nem de “bens destinados a atender demandas originadas em situações de crise no Estado Parte importador”. Esse requisito é intransponível na configuração da competência originária do TPR em matéria de medidas excepcionais de urgência<sup>30</sup>.

Isto significa que apesar da reconhecida importância da questão com potencial risco de danos sérios para os membros envolvidos, em especial o Paraguai, e até mesmo para o avanço do processo de integração do MERCOSUL, o caso restou sem o exame de mérito ou qualquer resolução.

---

Arbitrais do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e o Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v4n8/2304-7887-rstpr-4-08-00157.pdf>>

28 *Ibid.*

29 Laudo N° 01/12, §19, 20 e 21.

30 Laudo N° 01/2012, §49

Embora o PO e o TPR tenham sido desenvolvidos justamente para evitar essas situações de ineficiência, foram obstruídos de cumprir sua função em razão dos limites estabelecidos na Decisão N° 23/04.

O próprio órgão admite que a tomada de uma medida emergencial poderia reduzir a insegurança jurídica presente na controvérsia<sup>31</sup>. Inclusive, o Laudo registra opinião minoritária ora mencionada:

65. Culmina esta opinião minoritária considerando ser evidente que um órgão com vocação e competência jurisdicional para resolver os conflitos entre os Estados Partes, segundo o art. 1 do PO, na situação indicada, deve conhecer as medidas excepcionais de urgência e posicionar-se a respeito da legalidade ou não das decisões de suspensão e de incorporação de outro Estado como membro pleno sem haver o Paraguai ratificado sua incorporação<sup>32</sup>.

Nessa situação, é possível concluir que a impossibilidade do TPR de apreciar o caso consiste em negação à prestação jurisdicional.<sup>33</sup> Não obstante constar no Laudo que de forma geral, o tribunal é apto para lidar com questões políticas, ao se tratar do procedimento especial, essa aptidão é revogada causando grande prejuízo ao próprio sistema de soluções de controvérsia e aos Estados que busquem dele beneficiar.

## 5. CONCLUSÃO

O MERCOSUL surge como bloco econômico que avança a integração dos países do polo sul. Por isso, é importante analisar sua estrutura e procedimentos, em especial na área jurídica, afinal as decisões tomadas pelo bloco tem potencial de afetar toda a América Latina. Nesse sentido, o estudo de seus documentos constitutivos como o PO ajuda a compreender o funcionamento do sistema de solução de controvérsias. Ele que foi elaborado com a finalidade de ajustar o sistema estudado traz como novidade o TPR, para a promoção de maior segurança jurídica e uniformidade para o direito produzido no contexto da organização.

O recorte de análise do Art. 24 do PO, teve o intuito de ilustrar como funciona o procedimento especial de urgência e suas potenciais limitações. Uma vez que o artigo em si é muito vago em sua definição, estabelecendo só que será aplicável quando se tratar de situações de urgência que necessitem de medidas emergenciais adequadas para remediar controvérsias — para evitar dano irreparável ao reclamante —, foi preciso que o CMC demarcasse por meio de decisão os critérios adequados para constituir o procedimento.

Nesse sentido, foi emitida a Decisão N° 23/04 pelo CMC que delimitou

---

31 Laudo N° 01/2012, §51.

32 Laudo N° 01/2012 TPR, grifo nosso.

33 POSTIGA, ANDRÉA ROCHA. Direitos e Deveres dos Estados-Membros: Efeitos Decorrentes da Aplicação do Mecanismo de Suspensão no MERCOSUL. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, 2014, vol 9, n. 2, p. 11.



o escopo material do procedimento especial de urgência unicamente para questões de natureza comercial ao estabelecer seus quatro requisitos. Dessa forma, gerou-se o problema de que caso haja situações políticas de conflito com risco de danos irreparáveis sobre a aplicação de documentos da estrutura normativa do MERCOSUL, estes poderiam ficar sem solução, como ocorreu no caso do Paraguai, conforme o Laudo N° 01/2012 emitido pelo TPR.

A pertinência dessa problemática teve suas repercussões práticas nesse caso, pois apesar de o Paraguai, suspenso à época, ter acionado o TPR como instância originária para lidar com a controvérsia, não obteve acesso a qualquer remédio jurisdicional. O Laudo N° 01/2012 declara, nesse contexto, que o tribunal não tem competência material para lidar com questões políticas na instância do procedimento de urgência, sendo limitado pela Decisão N° 23/04 do CMC.

A metodologia adotada para este estudo foi a pesquisa qualitativa tendo como campo temático o Direito Internacional, em específico o Direito de Integração criado pelo MERCOSUL. Foram utilizadas como fonte de pesquisa: bibliografia especializada, o exame de tratados e protocolos internacionais e jurisprudência arbitral, referentes ao tema através do método dedutivo.

À luz dessa pesquisa, percebe-se que o Art. 24 do PO caracteriza a instituição das medidas excepcionais e de urgência de forma ampla. Portanto, deduz-se que o TPR seria apto para eventualmente se utilizar deste procedimento não apenas para questões que se encaixem nos limites da Decisão N° 23/04, mas também em outras situações. Abarcando, assim, aquelas em que as partes alegam que lhes foi recusado o acesso jurisdicional ou que os trâmites restantes previstos para reclamação lhes sejam inacessíveis, havendo ameaça de prejuízos irreparáveis.

Especialmente ao se considerar que o próprio tribunal declara a sua competência geral para lidar com qualquer tipo de controvérsia, seja comercial ou não, limitar o escopo do procedimento de urgência, sem qualquer justificativa razoável para tanto, é se submeter a possibilidade da ocorrência de danos que prejudiquem a própria integração dos Estados do MERCOSUL.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

RIBEIRO, C. N., Clarice; B. M. DIZ, Jamile. A Situação Do Paraguai No Contexto Do MERCOSUL: A Integração Sul-americana A Partir De Uma Concepção Democrática. Em: *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB* (João Pessoa, 2014). A humanização do Direito e a horizontalização da justiça no século XXI: Conpedi, 2014, vol 01.

DELUCA, Santiago. El procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. In: DEL POZO, Carlos Molina; PIZZOLO, Calogero (Ed.). *La administración de justicia em la Unión Europea y el Mercosur: um análisis para su fortalecimiento*. Eudeba: Buenos Aires, 2011.

DÍAZ PEREIRA, R. Protocolo de Olivos: algunas reflexiones sobre los institutos

que deben ser objeto de reglamentación específica. *Cuaderno de Negocios Internacional e Integración*, n° 36-40, p. 24.

DOSSANTOS CARNEIRO, P. H. *Uma Avaliação Crítica Do Processo De Integração Do MERCOSUL, À Luz Dos Seus Antecedentes, Instrumentos E Relações Externas, Em Especial Com A União Européia* [Tese de Doutorado]. Orientador: Antonio Martinez Puñal. Universidade de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, p. 440, 513-514. 2016.

MARTÍNEZ PUÑAL, A. Sobre un nuevo orden político internacional: elementos. *Problemas de la Ciencia Jurídica. Homenaje al profesor Francisco Puy Muñoz*, Tomo II, Faculdade de Dereito, Universidade de Santiago de Compostela, 1989.

MERCOSUL. Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. N° 23/04: *Procedimento Para Atender Casos Excepcionais De Urgência Art. 24 Do Protocolo De Olivos Para A Solução De Controvérsias No MERCOSUL*, firmada em Puerto Íguazo, República Argentina, 07 de julho de 2004.

MERCOSUL. *Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto)*, firmado em Ouro Preto, República Federativa do Brasil, 17 de dezembro de 1994.

MERCOSUL. *Protocolo De Brasília Para A Solução De Controvérsias*, firmado em Brasília, República Federativa do Brasil, 17 de dezembro de 1991.

MERCOSUL. *Protocolo de Olivos Para A Solução De Controvérsias No MERCOSUL*, firmado em Olivos, Província de Buenos Aires, República Argentina, 18 de fevereiro de 2002.

MERCOSUL. *Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile*, firmado em Ushuaia, República Argentina, 24 de julho de 1998.

PEREIRA, M. 2014. De Brasília Ao Pós-olivos : Conquistas E Desafios Em Vinte Anos De Soluções De Controvérsias No MERCOSUL. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 2014, n° 64, pp. 519-538.

POSTIGA, ANDRÉA ROCHA. Direitos e Deveres dos Estados-Membros: Efeitos Decorrentes da Aplicação do Mecanismo de Suspensão no MERCOSUL. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. 2014, vol 9, n° 2, p. 11.

ROSADO TARGINO DA NÓBREGA, ALINE. Mauricio Da Silva, Marcelo. A Incorporação Dos Laudos Arbitrais Do Tribunal Permanente De Revisão Do MERCOSUL E O Direito Brasileiro. Disponível em: <<http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v4n8/2304-7887-rstpr-4-08-00157.pdf>>

SOARES DOS SANTOS, R.; SANTOS, R. 2015. Os Vinte e Quatro Anos do Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL e o Caso de Suspensão do Paraguai. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), vol 36, n° 70, pp. 253.

SOARES STERSI DOS SANTOS, Ricardo. “MERCOSUL e Arbitragem Internacional Comercial: Aspectos Gerais e Algumas Possibilidades” [Tese de Mestrado]. Orientador: Profa. Dra. Vera T. A. Grillo. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1996.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL. *Laudo do tribunal permanente de revisão no procedimento excepcional de urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à suspensão de sua participação nos órgãos do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e à incorporação da Venezuela como membro pleno*. Laudo nº 01/2012 de 21 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2012\\_pt.pdf](http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/Laudo_01_2012_pt.pdf)>



### **Analysis of Laudo No. 01/2012: How urgency measures work in the Permanent Court of Review**

**Abstract:** The purpose of this paper is the special urgency procedure at the MERCOSUR Permanent Review Tribunal (TPR). After the signing of the Olivos Protocol (PO), the economic bloc sought to update its dispute settlement system, instituting the arbitral court to solidify its’ laws of integration, as well as safeguard the legal certainty for the State Parties. Article 24 of the aforementioned protocol establishes the special procedure, for situations in which there is a risk of irreparable damage if remedial measures are not taken. In this regard, the criteria for the adoption of this procedure are analyzed, outlining Decision N° 23/04 issued by the MERCOSUR Common Market Council that seeks to regulate it. Finally, this paper examines the practical applicability of both the Decision and the special procedure itself through Report N° 01/2012 issued by TPR in response to the demand submitted by Paraguay. The objective is to identify the problems resulting from the limitation of the special procedure, according to the observation of the referred documents. The relevance of this topic involves the future of integration between MERCOSUR countries, as well as the efficiency of its dispute settlement system. The academic method used for the paper was qualitative research.

**Keywords:** MERCOSUR, Olivos Protocol, Special Procedure.

### **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Nanny Santana Leal de Figueiredo* é Bacharel em Humanidades pela Universidade Federal da Bahia (2016). Graduanda em Direito também pela Universidade Federal da Bahia. Em 2018, cursou semestre na Institut d’Études Politiques de Paris (Sciences Po), obtendo certificado em International Affairs & Strategy.

*Mário Jorge Philocreon de Castro Lima* é Mestre em Administração pela Universidade Federal da Bahia (1997) e em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1999). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005). Atualmente é professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito internacional público, direito da integração, Sistema internacional de direitos humanos, direito internacional do meio ambiente, tributação, direitos de propriedade industrial e gestão de serviços públicos.

## Décadas en proceso: el Acuerdo UE-MERCOSUR

### Décadas em processo: o acordo UE-MERCOSUL

*Guilherme Thudium\** 

*Luana Margarete Geiger\** 

*Marc Castillo\*\** 

*Sírio Sapper\** 

---

**Resumen:** La firma del acuerdo comercial MERCOSUR-UE en 2019, en la cumbre del G20, ha expandido el alcance global del bloque comercial sudamericano como un actor multilateral y representa el mayor acuerdo comercial jamás logrado por la Unión Europea y el MERCOSUR. El propósito de este artículo es analizar brevemente los detalles del acuerdo, así como las motivaciones que llevaron a su firma después de un período de 20 años de negociaciones intermitentes. También intentamos contextualizar este acuerdo con otros TLC que la UE ha llevado a cabo en las Américas durante la última década, como el TTIP, el CETA y el Acuerdo Comercial UE-México. Argumentamos que esos nuevos acuerdos mega-regionales, aunque arraigados en escenarios de beneficio mutuo, compiten por establecer nuevas reglas de comercio internacional.

**Resumo:** A assinatura do acordo comercial MERCOSUL-UE em 2019, na cúpula do G20, ampliou o alcance global do bloco comercial sul-americano como ator multilateral e representa o maior acordo comercial já alcançado pela União Europeia e pelo Mercosul. O objetivo deste artigo é analisar brevemente os detalhes do acordo, bem como as motivações que levaram à sua assinatura após um período de 20 anos de negociações intermitentes. Também buscamos contextualizar esse acordo com outros ALCs que a UE celebrou nas Américas durante a última década, como o TTIP, o CETA e o

---

\* Universidad Federal de Río Grande del Sur (UFRGS), Brasil.

\*\*Departamento de Comercio, Estados Unidos

E-mail: guilherme.thudium@ufrgs.br

Recibido: 11/08/2020. Aceptado: 29/04/2021.

Investigación realizada con el apoyo de la Coordinación de Perfeccionamiento del Personal de Educación Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamiento 001.



Acordo Comercial UE-México. Argumentamos que esses novos acordos megarregionais, embora enraizados em cenários de benefício mútuo, competem para estabelecer novas regras de comércio internacional.

**Palabras clave:** MERCOSUR, Unión Europea, Acuerdos mega-regionales.

**Palavras-chave:** MERCOSUL, União Europeia, Acordos megarregionais.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con casi 800 millones de personas y una cuarta parte del PIB mundial, la Unión Europea (UE) y el MERCOSUR sellaron un poderoso acuerdo de libre comercio en 2019 cubriendo bienes, servicios, inversiones y compras gubernamentales, rompiendo el estancamiento de 20 años de un proceso de negociación intermitente. El acuerdo UE-MERCOSUR se ve como un momento histórico en medio de las tensiones comerciales internacionales y representa el mayor acuerdo único que ambos bloques comerciales han concluido.

Para el MERCOSUR, el acuerdo significa que el bloque comercial está entrando en el mundo de los acuerdos comerciales preferenciales (PTA)<sup>1</sup> modernos y ambiciosos, una realidad con la cual la UE está más familiarizada. Este artículo supone que el acuerdo comercial UE-MERCOSUR es parte de la profundización de una agenda comercial mega-regional que es responsable por la expansión del panorama económico y la formación de nuevas reglas de comercio, operacionalizadas por medio de acuerdos mega-regionales como el acuerdo comercial UE-MERCOSUR. Como resultado, los acuerdos mega-regionales modernos tienen una gran influencia sobre el sistema de comercio internacional y la configuración del orden global<sup>2</sup>.

La coexistencia del multilateralismo y el regionalismo en la formación de las reglas del comercio ha entrado en una etapa de conflicto o, como lo dicen Robert Keohane y Julia C. Morse, en un “contra-multilateralismo”<sup>3</sup>. Este fenómeno ocurre cuando los estados y / o actores no estatales cambian su enfoque de una institución multilateral existente, creando una forma alternativa. Otros ejemplos de acuerdos comerciales mega-regionales importantes, que la UE ha llevado a cabo en los últimos años en las Américas, son la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) con los Estados Unidos, el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) con Canadá

---

1 “Does the MERCOSUR Trade Deal Mean Brazil Will Finally Open Up?”. *Americas Quarterly*. 15 jul 2019. Disponible en: <<https://www.americasquarterly.org/content/does-mercosur-trade-deal-mean-brazil-will-finally-open>>.

2 TRUBEK, D., MOROSINI, F. y BADIN, Michelle Ratton Sanchez. “Brazil in the Shadow of Mega-Regional Trade and Investment Standards: beyond the grand debate, pragmatic responses”. *Legal Studies Research Paper Series* 2017, n. 1401. Disponible en: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2923821](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2923821)>.

3 KEOHANE, R., MORSE, Julia C. “Counter-multilateralism”. En: MORIN, J.; NOVOTNÁ, T.; PONJAERT, F. y TELO, M. (Ed.) *The Politics of Transatlantic Trade Negotiations: TTIP in a globalized world*. New York: Routledge, 2016.

y el Acuerdo Comercial UE-México. Al mismo tiempo, el MERCOSUR también concluyó negociaciones sustanciales con la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) en agosto de 2019<sup>4</sup>.

Sin embargo, el acuerdo aún no está cerrado. Los dos bloques deben finalizar el texto legal del acuerdo mega-regional UE-Mercosur, que luego se presentará al Parlamento Europeo para su ratificación. El propósito de este documento es proporcionar una breve reseña histórica del acuerdo desde el inicio formal de las negociaciones en 1999, así como destacar algunas de sus características y complejidades.

## 2. EVOLUCIÓN DE LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES

Durante la mayor parte del siglo XX, el interés europeo en América Latina fue escaso. Sin embargo, desde el cambio de siglo, la UE comenzó a considerar a Brasil como un posible líder en América del Sur capaz de contener la influencia del bolivarianismo al lograr un equilibrio entre el crecimiento económico y la inclusión social<sup>5</sup>. En 1999, el año en que Hugo Chávez llegó al poder en Venezuela, la primera cumbre UE-América Latina, celebrada en Río de Janeiro, estableció una asociación estratégica entre ambas regiones. La percepción común entre los responsables políticos europeos en ese momento era que la UE compartía valores comunes con Brasil cuando se trataba de la defensa del multilateralismo en la política global, la estabilidad política, el mantenimiento de los regímenes democráticos y la lucha contra la pobreza en la región.

La premisa de un bloque latinoamericano que se extiende más allá de la influencia de Washington es novedosa y bastante significativa. Durante mucho tiempo, América Latina parece ser una parte incuestionable de la zona de influencia de Washington, pero a pesar de que Estados Unidos es el principal socio comercial de la región en su conjunto, el MERCOSUR realiza casi la mitad del comercio con la UE<sup>6</sup>. Al mismo tiempo, las exportaciones de la UE al MERCOSUR más que duplicaron entre 2005 y 2015<sup>7</sup>. La influencia de Washington sobre América Latina parece estar disminuyendo a medida que los países latinos se están extendiendo hacia Oriente y Occidente a través de China o Europa.

Según los directores del Centro de Estudios de Integración y Desarrollo,

---

4 ZBINDEN, M. y ADALSTEINSSON, J. EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION. EFTA-Mercosur negotiations concluded in substance. Disponible en: <<https://www.efta.int/Free-Trade/news/EFTA-Mercosur-negotiations-concluded-substance-514526>>

5 SARAIVA, Miriam Gomes. "The Brazil-European Union Strategic Partnership, from Lula to Dilma Rousseff: a Shift of Focus". *Revista Brasileira de Política Internacional* 2017, vol 60, nº 1, p. 23-42. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/0034-7329201600117>>

6 "Latin America and Europe have much to gain from closer ties". *The Economist*. 25 jul. 2019. Disponible en: <<https://www.economist.com/the-americas/2019/07/25/latin-america-and-europe-have-much-to-gain-from-closer-ties>>

7 BLANC ALTEMIR, Antonio. "¿Hacia un nuevo paradigma de los Acuerdos de Asociación de la Unión Europea? La negociación del nuevo acuerdo con el MERCOSUR». *Anuario Español de Derecho Internacional* 2018, vol 34, p. 921 – 968. Disponible en: <<https://dadun.unav.edu/handle/10171/57521>>

Sandra Polónio Ríos y Pedro da Motta Veiga, “mientras que la UE está abierta al comercio, pero protege principalmente sus productos agrícolas (exactamente el sector donde el MERCOSUR puede presumir de su ventaja comparativa), MERCOSUR reúne algunos de los mercados más cerrados para productos manufacturados”. Varios factores hicieron posible el acuerdo, especialmente los políticos. Con respecto al lado europeo, Ríos y Veiga afirman que “el final inminente del mandato de la Comisión Europea y su deseo de contrarrestar el creciente proteccionismo en los Estados Unidos desempeñaron un papel importante”. La Comisión Europea, por lo tanto, quiere establecer el acuerdo como un legado para el futuro, ya que representa el mayor acuerdo comercial jamás firmado por la UE. Al mismo tiempo, el acuerdo comercial aumentará la presión europea sobre el gobierno brasileño para que se cumplan las disposiciones del Acuerdo de París de 2015 y se mejore el entorno empresarial en el país.

En este sentido, la probabilidad de ratificación del tratado MERCOSUR-UE también depende de la dinámica política intraeuropea, especialmente en Berlín. Es importante resaltar el papel protagonista que juega Alemania en la UE, no solo al enfrentar las crisis recientes que han afectado al continente, sino también al liderar las negociaciones de los acuerdos de libre comercio. Debido a su posición económica y geopolítica central en Europa, una comprensión del debate alemán es esencial para el futuro del acuerdo, ya que Alemania y sus políticas influirán claramente en la dirección y las perspectivas generales del proyecto.

Según Ulrich Beck, Alemania finalmente se ha convertido en una “potencia imperial” en Europa<sup>8</sup>, algo que el país históricamente no logró a través de la fuerza militar. Alemania es la nación más poblada de Europa, con más de 82 millones de habitantes, y la economía más grande del continente: la quinta del mundo por paridad de poder adquisitivo (PPP). Desde el punto de vista geopolítico, es inevitable que Berlín reinterprete su política exterior haciéndola más adecuada a su condición de pivote, que atiende tanto a la UE como a las necesidades de una potencia económica fuertemente dependiente del comercio internacional.

Alemania tiene un enorme superávit en cuenta corriente, ahora el más grande del mundo, y el acuerdo UE-MERCOSUR puede ser extremadamente beneficioso para su economía. Sin embargo, los líderes de Alemania y Brasil, los dos actores regionales más importantes en Europa y MERCOSUR, están en total desacuerdo sobre temas como el cambio climático y la protección del medio ambiente. Por lo tanto, el acuerdo comercial UE-MERCOSUR depende en gran medida de la reacción de Alemania a las políticas del presidente brasileño, Jair Bolsonaro<sup>9</sup>.

---

8 BECK, Ulrich. *German Europe*. Cambridge: Polity Press, 2013.

9 “Why the EU-MERCOSUR Deal Hinges on Germany’s Reaction to Bolsonaro”. *Americas Quarterly*. 10 set 2019. Disponible en: <<https://www.americasquarterly.org/content/why-eu-mercosur-deal-hinges-germanys-reaction-bolsonaro>>.



Al mismo tiempo, otros países europeos pueden plantear desafíos al acuerdo. Por ejemplo, “Francia y Irlanda han sido escépticos sobre el acuerdo comercial desde que comenzaron las negociaciones en 1999, ya que afectaría fuertemente a sus industrias agrícolas”<sup>10</sup>. Sin embargo, el primer golpe político al acuerdo vino de Viena: en septiembre de 2019, el parlamento austríaco rechazó el pacto comercial propuesto, lo que arrojó dudas sobre el futuro del proyecto. Según la ley de la UE, los 27 estados miembros y sus parlamentos deben aceptar los acuerdos comerciales negociados por la Comisión Europea.

### **3. DETALLES DE LAS NEGOCIACIONES**

Los intentos de cooperación económica entre Europa y América del Sur ocurrieron antes del establecimiento de la unión monetaria de la UE. En 1994, el influyente político español Manuel Marín<sup>11</sup> sugirió establecer una zona de libre comercio entre MERCOSUR y sus homólogos europeos por primera vez. Marín fue parcialmente responsable de una especie de revolución copernicana en las relaciones UE-MERCOSUR. En ese momento, las relaciones entre América del Sur y Europa estaban más inclinadas hacia los programas de asistencia social. Entonces, la Comisión Europea recomendó un audaz plan para impulsar el acceso europeo a la región, plan que inicialmente sufrió críticas de grupos de presión, autoridades políticas y algunos sectores de los medios de comunicación en Europa.

Después de un período de negociación previo a la etapa (1994-1999), se llevaron a cabo conversaciones formales entre 1999 y 2004, marcando la primera etapa de las negociaciones. Se produjo un intercambio de ofertas en 2004, cuando ambas partes pusieron a disposición sus aperturas de acceso al mercado, pero decepcionó a ambas partes y las conversaciones comerciales se interrumpieron. Como resultado, los siguientes seis años estuvieron marcados por un bloqueo en las negociaciones. Las conversaciones comerciales se relanzaron en 2010, y finalmente se llegó a un acuerdo durante la cumbre del G20 de 2019, que se celebró en Japón.

El posible acuerdo de asociación entre MERCOSUR y la UE incluye tres pilares: diálogo político, cooperación y libre comercio. El acuerdo comercial se compone de capítulos y anexos sobre temas como compromisos de reducción arancelaria, facilitación de aduanas y comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, contratación pública, barreras técnicas al comercio, subsidios, competencia, transparencia, así como derechos de propiedad intelectual, disputas, asentamiento y desarrollo sostenible. El texto también tiene un capítulo político y de cooperación, que cubre diversas áreas estratégicas, entre ellas: ciencia, tecnología e innovación, infraestructura, educación, derechos del consumidor, energía, defensa, ciberseguridad y la lucha contra el terrorismo.

---

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> Marín fue Comisionado Europeo de Relaciones Exteriores de 1995 a 1999 y presidente de la Comisión Europea (1999).

El acuerdo liberalizará ampliamente el comercio de bienes. Por ejemplo, antes del acuerdo, solo el 24% de las exportaciones brasileñas, en términos de líneas arancelarias, ingresaban libres de aranceles en la UE. Tras el acuerdo, el 92% de las importaciones del MERCOSUR y el 95% de las líneas arancelarias entrarán libres de aranceles en la UE. El MERCOSUR liberalizará el 91% de sus importaciones de la UE durante un período de hasta 10 años para la mayoría de los productos (los productos sensibles se permitirán hasta 15 años)<sup>12, 13</sup>.

En 2018, el flujo comercial birregional entre la UE y el MERCOSUR superó los 90 mil millones de dólares. Brasil exportó más de US \$42 mil millones a la UE, aproximadamente el 18% del total exportado por el país. La UE también es el mayor inversor extranjero en el MERCOSUR. En 2017, el stock de inversión de la UE en el bloque sudamericano totalizó US \$433 mil millones. Brasil también es el cuarto destino de inversión extranjera directa (IED) de la UE fuera de cualquier bloque económico<sup>14</sup>.

Con respecto al sector agrícola, la UE representa el mayor importador del mundo, habiendo importado US \$ 182 mil millones en 2018. Brasil, como su segundo proveedor de productos agrícolas, mejorará aún más sus condiciones de acceso. Aproximadamente US \$ 14 mil millones en productos agrícolas, el 32% de la lista de exportación de Brasil, se exportaron a la UE, principalmente insumos de alimentos para animales, café, semillas oleaginosas, granos y carne. En este sector, la UE liberalizará el 82% del volumen comercial y el 77% de las líneas arancelarias, además de permitir el acceso preferencial al bloque sudamericano. Como parte del acuerdo, MERCOSUR liberalizará el 96% del volumen comercial y reducirá el 94% de las líneas arancelarias<sup>15</sup>. Observando únicamente el aspecto agrícola del acuerdo, ambas partes pueden obtener ganancias sustanciales entre sí.

En el sector industrial, la UE eliminará el 100% de sus aranceles en 10 años, el 80% de ellos al inicio del acuerdo. En consecuencia, el MERCOSUR liberalizará el 91% del volumen del comercio y las líneas arancelarias. El acuerdo reconoce los derechos de los estados con respecto a la regulación para lograr objetivos legítimos de política pública: define categorías de técnicos y empresarios que pueden participar temporalmente en actividades económicas en el territorio del otro bloque, y establece principios sobre transparencia en la adopción de regulaciones<sup>16</sup>.

---

12 BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Acordo de Associação Mercosul-União Europeia*. Disponible en: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019\\_07\\_03\\_-\\_Resumo\\_Acordo\\_Mercosul\\_UE.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf)>.

13 BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Texto do Acordo Mercosul-União Europeia*. Disponible en: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/texto-do-acordo-mercosul-2013-uniao-europeia>>.

14 Ídem.

15 Ídem.

16 BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Acordo de Associação Mercosul-União Europeia*. Disponible en: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019\\_07\\_03\\_-\\_Resumo\\_Acordo\\_Mercosul\\_UE.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf)>.

El acuerdo reducirá los costos de importación y exportación de bienes, así como disminuirá la burocracia y aumentará la transparencia para los actores económicos. El acuerdo también reafirma una serie de compromisos, incluida la lucha contra prácticas anticompetitivas, como la formación de carteles; la protección de las condiciones de trabajo y el medio ambiente; y la expansión de los mecanismos disponibles para resolver disputas comerciales<sup>17</sup>.

Se supone que el acuerdo comercial UE-MERCOSUR se aplicará por etapas en más de 15 años y establece marcos que van más allá de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Esos criterios garantizan el compromiso de diálogo previo a la adopción de regulaciones, la concesión de plazos para la presentación de comentarios y el cumplimiento de las normas internacionales existentes en materia regulada. Este esquema también tranquiliza las evaluaciones de impacto regulatorio.

#### **4. MERCOSUR EN LA ARENA GLOBAL**

El MERCOSUR es una institución económica de cuatro miembros, liderada por la asociación entre Brasil y Argentina. Ya en la década de 1940, el geopolítico norteamericano Nicholas Spykman de la Universidad de Yale identificó a ambos países como parte de una zona equidistante: “tan lejos de Nueva York como de Lisboa y tan abierto a la influencia europea como a la norteamericana”<sup>18</sup>. La distancia y el nexo de la relación entre los dos ha añadido un potencial considerable a todos los miembros del MERCOSUR. Con las recientes gestiones realizadas por el MERCOSUR, se puede reconocer con lucidez que el bloque económico definitivamente está mirando hacia afuera y posicionándose para convertirse en un participante global, un beneficio distintivo para todas las naciones miembros.

##### **4.1. Brasil y Argentina: amigos y competidores**

El MERCOSUR fue un esfuerzo conciliador movilizado por los ex presidentes José Sarney, de Brasil, y Raúl Alfonsín, de Argentina. De una forma u otra, Brasil y Argentina han sido amigos y competidores en el transcurso de su historia de vecindad y sus respectivos roles en el MERCOSUR lo reflejan, al igual que la trayectoria del MERCOSUR. Las relaciones entre Brasil y Argentina comenzaron como relaciones entre Portugal y Argentina. La nación europea fue la primera en reconocer la independencia argentina de España en 1821. En aquel entonces, Argentina era conocida como las Provincias Unidas del Río de la Plata hasta que fue nombrada oficialmente Argentina en la Constitución argentina de 1826. Antônio Manuel Correa da Câmara fue posiblemente el primer extranjero a ser asignado a la nueva nación soberana como autoridad

---

<sup>17</sup> Ídem.

<sup>18</sup> “Latin America and Europe have much to gain from closer ties”. *The Economist*. 25 jul. 2019. Disponible en: <<https://www.economist.com/the-americas/2019/07/25/latin-america-and-europe-have-much-to-gain-from-closer-ties>>.

diplomática. Del mismo modo, se argumenta que Argentina fue el primer país en reconocer a Brasil como un Estado independiente.

Hay quienes sostienen que fue Estados Unidos el primer país en reconocer a Brasil, para otros fue Benín<sup>19</sup>. Sin embargo, la narrativa oficial del gobierno brasileño se inclina hacia Argentina, debido al hecho de que el Ministro de Asuntos Exteriores argentino Bernardino Rivadavia lo documentó expresamente en junio de 1823. La amistad inicial fue rápidamente sustituida por rivalidad. La región de Cisplatina, que actualmente es Uruguay, fue declarada independiente de Brasil por los revolucionarios en la ciudad uruguaya de La Florida, que se puso del lado de Argentina. Las relaciones diplomáticas entre los dos gigantes sudamericanos se rompieron y la guerra de Cisplatina comenzó en 1825. Como resultado de este choque entre Brasil y Argentina, Uruguay se generó como un estado de amortiguación.

La primera mitad del siglo XX fue un período clave para el desarrollo de ambas naciones. En 1930, ambos países enfrentaron golpes de estado: el terrateniente y político brasileño Getúlio Vargas lideró una revolución civil, derrocó al presidente electo Júlio Prestes y cerró la era política del *Café com leite* (“Café con leche”) en octubre. Un mes antes, en Argentina, el teniente general José Félix Uriburu reemplazó a Hipólito Yrigoyen a través de un golpe militar, inauguró lo que se conoce como la década infame en Argentina.

El destino del MERCOSUR estará determinado de manera similar por plataformas políticas concertadas: una relación de descomposición entre los jefes de Estado brasileños y argentinos conduce a un MERCOSUR inestable. A finales de los años 70 se vivió un período inquietante en las relaciones brasileño-argentinas. El general Jorge Rafael Videla bloqueó un túnel dentro de la frontera argentino-chilena, impidiendo el paso de camiones brasileños. Como represalia, Brasil cerró sus fronteras a los camiones argentinos<sup>20</sup>. El diplomático brasileño Alessandro Warley Candéas considera que el milagro brasileño de la década de 1970 provocó una sensación de rivalidad en los hermanos, que estaban profundamente inmersos en una montaña rusa económica sin fin.

Doscientos años después de sus respectivos nacimientos nacionales, continúa la constante oscilación entre la amistad y la rivalidad. Pero con los albores del nuevo milenio, el MERCOSUR se convirtió en un búnker económico regional para cuatro naciones al sur del Ecuador. Ciertamente, la idea era forjar un contrapeso al dominio económico de Estados Unidos y Unión Europea<sup>21</sup>. El leitmotiv es fortalecer los lazos bilaterales y regionales

19 RANDIG, Rodrigo Wiese. “Argentina, primeiro país a reconhecer a independência do Brasil”. *Cadernos do CHDD* 2017, vol 16, n° 31, p. 501-524. Disponible en: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ficha\\_pais/artigo-argentina.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ficha_pais/artigo-argentina.pdf)>.

20 CANDÉAS, Alessandro Werley. “Relações Brasil-Argentina: uma análise de avanços e recuos”. *Revista Brasileira de Política Internacional* 2005, vol 48, n° 1, p. 1-36. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v48n1/v48n1a07.pdf>>.

21 “Presidents of Brazil and Argentina Work to Strengthen MERCOSUR and Latin American Ties”. *NotiSur - South American Political and Economic Affairs*. 24 oct 2003.

como un medio para establecer un consenso de Buenos Aires.

Sin embargo, después de la elección de Jair Bolsonaro en 2018, hubo un cambio radical con respecto al papel del Brasil en el MERCOSUR. El Ministro de Economía, Paulo Guedes, llegó a afirmar que “el MERCOSUR ya no era una prioridad”. Finalmente, el propio Sr. Guedes mitigó sus propias palabras. El economista de Chicago luego manifestó que el MERCOSUR podría ser un vehículo para la liberalización. Al principio, la idea fue generalmente bien recibida. Los resultados fueron claros: una aproximación Macri-Bolsonaro y la firma formal del acuerdo UE-MERCOSUR. El MERCOSUR se recuperó rápidamente de un turbulento 2018 y pareció recuperar fuerza en 2019 a la luz de esos eventos. Sin embargo, a medida que continúa el efecto amistad-rivalidad y las elecciones en Argentina cambian el panorama político en la región una vez más, con la derrota de Mauricio Macri por el boleto conjunto Fernández-Kirchner, la relación entre los dos principales países del MERCOSUR vuelve a ser inestable.

#### **4.2. Perspectivas**

El reciente acuerdo comercial entre la Unión Europea y el MERCOSUR finalmente ha llevado al estancado bloque comercial sudamericano a un ámbito internacional más alto. La política interna inestable de las naciones miembros impidió un alcance externo más coherente hasta ahora. La firma del acuerdo de libre comercio con la Unión Europea, además, ha convertido al MERCOSUR en un jugador global. A pesar de las críticas al bloque, el Mercado Común del Sur ha sido un vehículo importante para la política exterior de Brasil. El MERCOSUR, tanto directa como indirectamente, ayuda al país a convertirse en una potencia regional con aspiraciones globales.

La actual administración brasileña está avanzando en una política económica de expansión del mercado libre con reducciones en los aranceles de importación. Este nuevo estándar también puede reforzar la apuesta de Brasil para obtener la membresía de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Sin embargo, la eventual expansión del MERCOSUR en el ámbito global, impulsado por el acuerdo UE-MERCOSUR, debe verse como un esfuerzo concertado de la política exterior brasileña de los últimos 20 años, y no de un gobierno específico.

Como atestigua el estudioso brasileño de relaciones internacionales Jean Santos Lima, América Latina es un ejemplo notable de cómo el concepto de regiones no está geográficamente determinado, sino modelado y remodelado por las interacciones entre varios actores regionales, sujetos a influencias internacionales. La alianza económica<sup>22</sup> entre la UE y el MERCOSUR proporciona una especie de ancla en un mundo cada vez más multipolar para el MERCOSUR, visto que actores como Estados Unidos, China y Rusia

---

22 LIMA, Jean Santos. “Latin America’s Decentred Economic Regionalism: From the FTAA to the Pacific Alliance”. *Contexto Internacional* 2018, vol 40, nº 2, p. 339–59. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/s0102-8529.2018400200001>>

han intentado persuadir a la región durante mucho tiempo. A través de ese acuerdo económico, el MERCOSUR se ha establecido firmemente fuera de la “construcción de las potencias mundiales” de China, Rusia y Estados Unidos, al tiempo que defiende la multipolaridad al unirse a la UE para promover un camino alternativo a la hegemonía de las potencias mundiales individuales. El acuerdo también proporciona un camino único y decidido para las políticas exteriores de Brasil y Argentina, que no solo tienen un fuerte *lexus* cultural con Europa, pero se han visto frustrados por la gran competencia de poder en el escenario mundial.

El MERCOSUR ha sido un pilar en las relaciones internacionales de América del Sur desde su inicio, a principios de los 90. Además de la amalgama política que hace que el pacto comercial sea único, el arancel externo común fue algo que le dio al bloque una sensación poco propicia. Otras alianzas o bloques comerciales en las regiones como ALBA (Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América) y UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas) han tenido una demostración pasajera y menos notable. El poder de permanencia del MERCOSUR probablemente se deriva de la peculiar asimetría de ser político, económico e introspectivo, hasta ahora.

En suma, el movimiento del MERCOSUR para lograr un pacto económico comercial con la UE es extremadamente beneficioso para cada país. Como la principal potencia regional, Brasil espera que el MERCOSUR mejore su poder de negociación frente a las principales potencias, particularmente Estados Unidos<sup>23</sup> – y, como dijo una vez el presidente norteamericano Richard Nixon, “a dónde va Brasil, sigue América del Sur”.

Paraguay y Uruguay han sido entusiastas participantes en la expansión y apertura del MERCOSUR. La falta de acceso de Paraguay al mar y las limitaciones económicas de Uruguay los dan a ambos un ímpetu natural para ser parte del MERCOSUR y cualquier alcance global que se pueda lograr a través de la expansión es bienvenido. El expresidente Horácio Cartes de Paraguay solicitó a los países del MERCOSUR que se les otorgue más independencia para buscar nuevos mercados y negociar acuerdos<sup>24</sup>. Miembros del MERCOSUR también se han convertido en observadores de la Alianza del Pacífico, otra señal de su intención por expandirse en iniciativas de libre comercio fuera del bloque. Paraguay y Uruguay también han intentado negociar acuerdos económicos bilaterales fuera del MERCOSUR, particularmente con los Estados Unidos, pero debido al arancel externo común del MERCOSUR las negociaciones no tuvieron éxito. Así, el momento para la expansión hacia el exterior no solo es apto para las economías más grandes del MERCOSUR, sino que es algo que los miembros menores del bloque han estado defendiendo durante algún tiempo.

23 CAICHILO, Carlos Ricardo. “The MERCOSUR Experience and Theories of Regional Integration”. *Contexto Internacional* 2017, vol 39, n° 1, p. 117–34. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/s0102-8529.2017390100006>>

24 GARZÓN, Jorge F. “Multipolarity and the Future of Economic Regionalism”. *International Theory* 2016, vol 9, n° 1, p. 101–35. Disponible en: <<https://doi.org/10.1017/s1752971916000191>>

Aunque el mundo puede parecer estar entrando en un momento proteccionista, el MERCOSUR desea seguir siendo relevante internacionalmente a medida que los bloques comerciales se consolidan como una forma de obtener acceso en el ámbito global. Como el bloque comercial más prolífico en la región, el MERCOSUR necesita mantenerse significativo, especialmente porque Brasil sería la única economía importante que actualmente no participa ni se beneficia de los principales acuerdos mega-regionales<sup>25</sup>. Para todas las diatribas y complejidades del MERCOSUR, es innegable que el bloque contribuyó al final de un siglo y medio de disputa geopolítica entre Brasil y Argentina, promoviendo la paz, la prosperidad y la consolidación de la democracia en el Cono Sur.

## 5. CONCLUSIÓN

La firma del acuerdo comercial MERCOSUR-UE puede expandir el alcance global del bloque comercial sudamericano como un actor multilateral. En este momento, representará el mayor acuerdo comercial jamás logrado por la Unión Europea y el MERCOSUR. Desde la perspectiva de la UE, el acuerdo refuerza su modelo de desarrollo en medio de una ola proteccionista global y es parte de una reevaluación europea más amplia de la región sudamericana en su conjunto.

Como señaló Anabel González, del Peterson Institute for International Economics, desde un punto de vista geopolítico, el acuerdo UE-MERCOSUR sirve a ambas partes mientras navegan por las turbulentas aguas del comercio mundial<sup>26</sup>. En un mundo cada vez más conformado por la rivalidad económica entre Estados Unidos y China, los países que conforman ambos procesos de integración regional deben buscar fortalecer las alianzas con terceros para navegar mejor este nuevo panorama geopolítico. Por lo tanto, como señaló Andrés Malamud, el contexto del comercio internacional fue clave: la disputa entre Washington y Beijing marginó a Europa y América del Sur, alentando su cooperación defensiva<sup>27</sup>.

El acuerdo comercial MERCOSUR-UE también formará parte de una red más amplia de TLC mega-regional que la UE ha estado buscando en los últimos años, y establecerá disciplinas que van mucho más allá de la OMC. Al mismo tiempo, puede consolidar una agenda de buenas prácticas regulatorias que Brasil ha estado implementando en los últimos años, particularmente como parte de su proyecto de adhesión a la OCDE. Sin embargo, el acuerdo no

---

25 CAICHILOLO, Carlos Ricardo. "The MERCOSUR Experience and Theories of Regional Integration". *Contexto Internacional* 2017, vol 39, nº 1, p. 117–34. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/s0102-8529.2017390100006>>

26 GONZÁLEZ, A. PETERSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL ECONOMICS. The EU-Mercosur Trade Accord Send a Signal to the World's Protectionists. Disponible en: <<https://www.piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/eu-mercrosur-trade-accord-sends-signal-worlds-protectionists>>

27 MALAMUD, Andrés. "Diez reflexiones sobre el acuerdo Mercosur-Unión Europea que nos sorprendió a muchos". Jun 28, 2019. Tweet. Disponible en: <<https://twitter.com/andresmalamud/status/1144746940716015617?lang=en>>

tiene efecto inmediato y debe ser ratificado por los parlamentos nacionales de los países miembros de ambos bloques comerciales antes de que pueda entrar en vigor, un esfuerzo sustancial que se desarrollará en los próximos años.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Latin America and Europe have much to gain from closer ties”. *The Economist*. 25 jul. 2019. Disponible en: <<https://www.economist.com/the-americas/2019/07/25/latin-america-and-europe-have-much-to-gain-from-closer-ties>>

“Does the Mercosur Trade Deal Mean Brazil Will Finally Open Up?”. *Americas Quarterly*. 15 jul 2019. Disponible en: <<https://www.americasquarterly.org/content/does-mercosur-trade-deal-mean-brazil-will-finally-open>>

“Presidents of Brazil and Argentina Work to Strengthen Mercosur and Latin American Ties”. *NotiSur - South American Political and Economic Affairs*. 24 oct 2003.

“Why the EU-Mercosur Deal Hinges on Germany’s Reaction to Bolsonaro”. *Americas Quarterly*. 10 sep 2019. Disponible en: <<https://www.americasquarterly.org/content/why-eu-mercosur-deal-hinges-germanys-reaction-bolsonaro>>

BECK, Ulrich. *German Europe*. Cambridge: Polity Press, 2013.

BLANC ALTEMIR, Antonio. “¿Hacia un nuevo paradigma de los Acuerdos de Asociación de la Unión Europea? La negociación del nuevo acuerdo con el MERCOSUR». *Anuario Español de Derecho Internacional* 2018, vol 34, p. 921 – 968. Disponible en: <<https://dadun.unav.edu/handle/10171/57521>>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Acordo de Associação Mercosul-União Europeia*. Disponible en: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019\\_07\\_03\\_-\\_Resumo\\_Acordo\\_Mercosul\\_UE.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf)>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Texto do Acordo Mercosul-União Europeia*. Disponible en: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20626-texto-do-acordo-mercosul-uniao-europeia>>

CAICHILO, Carlos Ricardo. “The Mercosur Experience and Theories of Regional Integration”. *Contexto Internacional* 2017, vol 39, n° 1, p. 117–34. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/s0102-8529.2017390100006>>

CANDÉAS, Alessandro Werley. “Relações Brasil-Argentina: uma análise de avanços e recuos”. *Revista Brasileira de Política Internacional* 2005, vol 48, n° 1, p. 1-36. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v48n1/v48n1a07.pdf>>

GARZÓN, Jorge F. “Multipolarity and the Future of Economic Regionalism”. *International Theory* 2016, vol 9, n° 1, p. 101–35. Disponible en: <<https://doi.org/10.1017/s1752971916000191>>



GONZÁLEZ, A. PETERSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL ECONOMICS. The EU-Mercosur Trade Accord Send a Signal to the World's Protectionists. Disponible en: <<https://www.piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/eu-mercosur-trade-accord-sends-signal-worlds-protectionists>>

KEOHANE, R., MORSE, Julia C. "Counter-multilateralism". En: MORIN, J.; NOVOTNÁ, T.; PONJAERT, F. y TELO, M. (Ed.) *The Politics of Transatlantic Trade Negotiations: TTIP in a globalized world*. New York: Routledge, 2016.

LIMA, Jean Santos. "Latin America's Decentred Economic Regionalism: From the FTAA to the Pacific Alliance". *Contexto Internacional* 2018, vol 40, nº 2, p. 339-59. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/s0102-8529.2018400200001>>

MALAMUD, Andrés. "Diez reflexiones sobre el acuerdo Mercosur-Unión Europea que nos sorprendió a muchos". Jun 28, 2019. Tweet. Disponible en: <<https://twitter.com/andresmalamud/status/1144746940716015617?lang=en>>

RANDIG, Rodrigo Wiese. "Argentina, primeiro país a reconhecer a independência do Brasil". *Cadernos do CHDD* 2017, vol 16, nº 31, p. 501-524. Disponible en: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ficha\\_pais/artigo-argentina.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ficha_pais/artigo-argentina.pdf)>.

SARAIVA, Miriam Gomes. "The Brazil-European Union Strategic Partnership, from Lula to Dilma Rousseff: a Shift of Focus". *Revista Brasileira de Política Internacional* 2017, vol 60, nº 1, p. 23-42. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/0034-7329201600117>>

TRUBEK, D., MOROSINI, F. y BADIN, Michelle Ratton Sanchez. "Brazil in the Shadow of Mega-Regional Trade and Investment Standards: beyond the grand debate, pragmatic responses". *Legal Studies Research Paper Series* 2017, n. 1401. Disponible en: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2923821](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2923821)>

ZBINDEN, M. y ADALSTEINSSON, J. EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION. *EFTA-Mercosur negotiations concluded in substance*. Disponible en: <<https://www.efta.int/Free-Trade/news/EFTA-Mercosur-negotiations-concluded-substance-514526>>



## Decades in the making: the EU-MERCOSUR Agreement

**Abstract:** The signing of the MERCOSUR-EU trade agreement in 2019 at the G20 summit has expanded the global reach of the South American trade bloc as a multilateral actor and represents the largest trade agreement ever achieved by the European Union and MERCOSUR. The purpose of this article

is to briefly analyze the details of the agreement, as well as the motivations that led to its signing after a 20-year period of on-and-off negotiations. We also try to contextualize this agreement with other FTAs that the EU has carried out in the Americas during the last decade, such as TTIP, CETA and the EU-Mexico Trade Agreement. We argue that these new mega-regional agreements, although rooted in scenarios of mutual economical benefit, compete to establish new rules of international trade.

**Keywords:** MERCOSUR, European Union, Mega-regional agreements.

## RESUMEN BIOGRÁFICO

*Guilherme Thudium* es Doctorando en Estudios Estratégicos Internacionales y Magíster en Ciencias Políticas por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Presidente del Instituto Sul-Americano de Política e Estratégia (ISAPE). Investigador del Centro de Estudos Internacionais sobre Governo (CEGOV). Miembro del Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA).

*Luana Margarete Geiger* es Doctoranda y Magíster en Ciencias Políticas por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Investigadora del Núcleo Brasileiro de Estratégia e Relações Internacionais (NERINT), el Centro de Estudos Internacionais sobre Governo (CEGOV) y el Instituto Sul-Americano de Política e Estratégia (ISAPE).

*Marc Castillo* es Magíster en Relaciones Internacionales por The George Washington University (GWU). Analista de Comercio Internacional en el Departamento de Comercio de EE. UU.

*Sírio Sapper* es Licenciado en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Fue alumno de la Justus-Liebig-Universität Giessen y pasante en la Autoridad Federal de Supervisión Financiera de Alemania (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht). Abogado.

## El derecho internacional privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los estados partes

Gustavo Oliveira Vieira\* 

O compêndio organizado pelas eminentes professoras Luciana Scotti e Luciane Klein Vieira, publicado em Assunção, na República do Paraguai em 2020 pela Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, sob o título “*El Derecho Internacional Privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los Estados Partes*” traz contribuição sem igual acerca do panorama da aplicação do Direito da Integração mercosulino nos tribunais dos países do bloco, destacando-se pela combinação de amplitude com profundidade. Ao longo das suas 1041 páginas, as quatro seções da obra são ordenadas conforme a sequência alfabética, considerando decisões judiciais dos tribunais dos estados. As decisões foram selecionadas pelas diretoras da obra enquanto “a jurisprudência mais significativa dos tribunais nacionais dos quatro sócios originários” e foram comentadas por reconhecidas(os) e destacadas(os) docentes e pesquisadores dos respectivos países.

Ainda que a obra seja organizada na lógica do Direito Internacional Privado aplicado ao Direito da Integração do MERCOSUL, contempla uma diversidade de ramos jurídicos e abordagens, o que é típico da construção do Direito quanto toca a facticidade. Desse modo, a amplitude da coletânea abarca o Direito Comparado, Direito Internacional Público, nele o Direito da Integração, e sua penetração nos campos de imbricamento típicos no Direito Internacional Privado, com suas interações no Direito Civil, no Direito Penal, e no Direito Processual em âmbito doméstico, além das demais legislações pertinentes a cada caso, incluindo código de trânsito, regulamentos dos tribunais e códigos provinciais *e.g.* A interdisciplinaridade no campo do Direito é ínsita à sua aplicação e adequada compreensão, e desse modo se desenvolve o trabalho editado pelas professoras Luciana e Luciane.

A pluralidade de temas que permeiam a Integração Regional também se faz presente, como a historicidade, a política, os direitos humanos e os

---

\* UNILA, Brasil.  
E-mail: gustavo.vieira@unila.edu.br



desafios no equilíbrio entre “desenvolvimento econômico com justiça social”, sem ocuparem o centro da discussão. Ademais, as interações entre a governança e o Direito no plano internacional estão sempre evidentes, como Organização Mundial do Comércio, Organização dos Estados Americanos, CIDIPs, Acordos de Complementação Econômica no âmbito da ALADI, acordos bilaterais, entre tantos outros.

Após o prólogo (redigido pela professora Sandra Negro), prefácio (de Didier Operti Badán), apresentação (Juan Manuel Rivero Godoy, secretário do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL) e antecedentes da obra (redigido pelas próprias diretoras do compêndio), a coletânea é organizada nas quatro seções. Cada uma das quatro seções conta com introdução, a partir de texto de abertura sobre a aplicação do Direito do MERCOSUL no respectivo país. A introdução da seção Argentina coube à professora Adriana Dreyzin de Klor, do Brasil ao professor André de Carvalho Ramos, ao jurista Roberto Ruiz Días Labrano a abertura da seção sobre jurisprudência do Paraguai e ao professor Eduardo Tellechea Bergman coube a introdução à seção do Uruguai.

Em sequência, cada seção se subdivide simetricamente nos seguintes temas: (I) Cooperação Jurídica Internacional Civil e Comercial, (II) Contratos Internacionais e Arbitragem Internacional, (III) Responsabilidade Civil Internacional, (IV) Proteção da Infância e (V) Cooperação Penal Internacional – com eventuais exceções. Com tal sistemática, a obra sintetiza as condições da aplicação das principais fontes de Direito da Integração do MERCOSUL atinentes ao Direito Internacional Privado, na autoria de autoras e autores dentre os maiores especialistas no tema em cada Estado.

Ainda assim, fica evidente os desafios e as diferenças na aplicação dos tribunais. Conforme registrado na epígrafe da seção Argentina pela autora Adriana Dreyzin de Klor, *“la vista depende de la mirada”*. Entretanto, apesar das nuances ditadas pela cultura jurídico-institucional, e pelos diferentes esquemas de internalização/incorporação das fontes de Direito Internacional ao Direito interno, a margem deve se ater às fontes de Direito do MERCOSUL, por mais que isso demande até mesmo evocar a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 acerca da inviabilidade de se justificar violação a tratado por divergência com direito interno. Afinal, na aplicação do Direito do MERCOSUL, conforme aduziu Operti Badán *“Cada uno de los jueces, en definitiva, se convierte en órgano jurisdiccional del MERCOSUR”* (p. XXV).

Para além das fontes primárias de Direito do MERCOSUL estruturantes da instituição, como o Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto e o Protocolo de Olivos, algumas são privilegiadas ao longo da obra, como, por exemplo: o “Protocolo de Las Leñas de Assistência Jurisdiccional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa”, o “Protocolo de Medidas Cautelares”, o “Protocolo de São Luis em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito”, o “Protocolo de Buenos Aires de Jurisdição Internacional em Matéria Contratual”, o “Acordo de Arbitragem

Comercial Internacional”, o “Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes” e o “Acordo sobre Extradução entre os Estados Parte do MERCOSUL, Bolívia e Chile”. Evidentemente que diversas fontes de direito do MERCOSUL derivadas constam também ao longo do texto, como as Decisões do CMC para promoção da cooperação jurídica internacional (por exemplo, vide o extenso rol registrado no rodapé nº 4 da p. 288 do texto do professor Santiago Deluca sobre “*Traslado de condenados en el MERCOSUR*”).

De fato, a obra traz à tona, de modo límpido, sistemático e criterioso, parte fundamental dos desafios a serem enfrentados para a efetiva realização e para o aprofundamento da integração em sua dimensão jurídica oportunizada/criada pela instituição intergovernamental, que diz respeito à harmonização na aplicação do direito em âmbito jurisdicional. Evidente que a aplicação jurídica também toca outras esferas, como a aplicação no âmbito administrativo e político, contudo, a questão da harmonização no marco do Direito Internacional Privado indica o caminho a fluir nas relações interestatais que se tornam significativamente mais densas sob o signo da “integração”.

Para citar importante professor da USP, Alberto do Amaral Junior, o livro “é imprescindível pela importância do tema, excelência dos autores e autoras, qualidade das contribuições, impressionante atualidade e ousadia que o caracteriza. É obra singular que merece leitura atenta pois vincula, com rara sabedoria, o específico e o geral, o todo e as partes que o compõe. É um instrumento para a paz ao viabilizar o diálogo entre sistemas jurídicos diferentes”.

O texto é resultado da inteligência coletiva articulada de grupos de pesquisa em cooperação entre a Universidade de Buenos Aires e a UNISINOS, cujas lideranças alcançaram envolver ao todo 67 autores dentre os mais dedicados ao tema na região. A obra tem uma organicidade rara de se encontrar em livros com tal pluralidade de autores, tendo um fio condutor nas seções e em suas subdivisões equivalentes, tornando as análises metodologicamente mais harmônicas e a abordagem comparada viável. Trata-se de uma contribuição importantíssima, pela qualidade, amplitude e profundidade, para o aperfeiçoamento da aplicação do Direito do MERCOSUL e aprofundamento da integração regional – um verdadeiro presente pelos 30 anos do MERCOSUL, que aposta na prosperidade do projeto integracionista.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

KLEIN VIEIRA, Luciane; SCOTTI, Luciana (Org.). *El Derecho Internacional Privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los Estados Partes*. Assunção: Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, 2020.

## **RESUMEN 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).

## The protection of intellectual property rights under international investment law

Juan Manuel Rivero Godoy\* 

The present book is a masterpiece on both international arbitration and intellectual property features where the authors<sup>1</sup> have achieved to address the attention to substantial and procedural elements when an international conflict arises between different actors such as states, companies, individuals, etc. Writing a book is not an easy task, but the authors have managed to accomplish it exceedingly. A glimpse of stunning effort is noticed when the topic seems ambiguous at the beginning, but then efforts are made to clarify it in the end.

The book is divided in eight parts -all of them quite interesting- due to the extent of the issues they cover. Intellectual property rights are a very well-known feature in international and national courts -especially in commercial law- although their scope and meaning are not quite clear to those who are not familiar with them.

The introduction describes the important connection between Foreign Direct Investment (FDI) and IP rights, but a deep insight is needed in order to disclose the interconnection in both fields, as well as their interdisciplinary approach. It shows the high increase in number of IIA around the world, and how arbitration proceedings under ICSID tribunals have improved along after 1990. It is important to quote the following:

As this powerful trend continues, a similar change is occurring in FDI: increasingly, cross border investments are comprised of various intangible assets, including contract rights, bonds, notes, equity shares, technology, know-how, brands, goodwill, creative works, and other intangible assets—and importantly, this includes the intellectual property rights securing many of these categories.

The second section covers the background between International Investment Law and Intellectual Property. Moreover, the authors illustrate us

\* Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Paraguay.

E-mail: [manuelrivero@tprmercosur.org](mailto:manuelrivero@tprmercosur.org)

<sup>1</sup> SIMON KLOPSCHINSKI, Christopher S. Gibson and Henning Grosse Ruse-Khan.



on the previous litigation standard review before ICSID's arbitration tribunals. On the basis of the principles around the IIA granted to foreign parties, this section shows the problems of interconnection between IP rights and those principles as national (anti-discrimination) treatment; – most-favored-nation (MFN) treatment; – certain minimum standards of treatment, including fair and equitable treatment (FET), full protection and security, and treatment in accordance to international law, etc., particularly when some AII do not cover IP rights and only national courts are the available mechanisms for investors as seen in both *Philips* or *Novartis* cases.

The third section called “Investor–State Dispute Settlement and Review of New IP-Related Investment Cases” deals with some leading cases, which cover IP rights under a new approach as *Philip Morris vs. Uruguay*, *Philip Morris v. Australia*, *Eli Lilly v. Canada* or *Bridgestone v. Panama*. This section takes into account some background on contract claiming, IPR Companies violation of their entitlements, types of IP rights claims, etc.

The fourth section includes an Intellectual Property Investment approach when deciding whether IP rights have passed the previous assessment or not in order to be considered as an “investment”. On the other hand, it would be useful to examine the protective standards under international law (from AII and customary international law) to evaluate a substantial basis protection to IP rights against the host state. The attention is addressed to the investment scope and whether IP rights are treated as investments to get international protection, if that is the case.

The fifth section is quite interesting because it underlines the “Relative Treatment Standards: National Treatment and Most-Favored-Nation”. The basis of this chapter involves features such as discriminatory actions from host-states against investors and their IP rights. Furthermore, a full understanding of the way in which foreign investors receive an outlaw treatment in comparison to the state nationals is extremely important in order to assess the ongoing claim from those foreign investors.

The sixth section sheds light on the following: “Absolute Standards of Treatment, Fair and Equitable Treatment, Full Protection and Security” provided to IP investors. The authors address the readers' attention to the best applicable principles like fair and equitable treatment (FET), full protection and security: a) how the aforementioned have been applied by decisions from investments tribunals, b) the observation of specific applications of the standards that appear most relevant to IP claims, and c) how this background has shaped and motivated the states' behavior to draft new treaties which contemplate IP rights.

The seventh chapter assumes the figure of “Expropriation” as one of the most relevant topics in investment arbitration. Protection from unlawful (direct or indirect) is another international standard that foreign investors seek when they decide to allocate risk at investing. Herein an illustrative quotation:



For IP-based investments, an expropriation might arise from the state's transfer to itself of the legal title for an IP-right; however, apart from seizure of physical assets underpinned by IP rights (e.g. patented technical equipment), it is more likely that state measures impacting IP-based investments would involve instances of invalidation of an IP right, exercising a compulsory license over the IP right, failing to offer protection for the IP right, or severely restricting use of the IP right.

The eighth and last section keeps track on the most important features that the authors have delivered through their magnificent work. It can be summarized in two main ideas. First, the linkage between international investment law and the domestic legal regime for protecting IP rights in the host state, despite the interplay of domestic IP laws with international IP treaties to which the host states are party. Second, the relationship there is between investment treaties and international agreements for the protection of IP rights.

To all those who are interested on IP rights and their connection to international arbitration, this book turns out to be mandatory, not only to scholars, practitioners, and politicians, but also to anyone who loves reading outstanding pieces of work that convey strong ideas over topics that never end.

## **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Juan Manuel Rivero Godoy* es actual Secretario de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

## NORMA EDITORIAL

### PRESENTACIÓN

#### **Cómo surgió la revista**

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués. La frecuencia de la publicación es semestral.

#### **Temas y alcance**

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

#### **Sistema de revisión**

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

Los artículos son inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados. Los artículos son sometidos a un programa de detección de plagio. Si el programa detecta citas bibliográficas que no son referenciadas correctamente, el trabajo no es publicado.

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

#### **Gratuidad de la publicación**

La revista no tiene fines lucrativos.

El envío y la publicación de los artículos no están sujetos a ningún costo.

El contenido publicado está totalmente disponible online de forma gratuita.

### **Criterios generales para la aceptación de manuscritos**

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducción del contenido.

El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesión de derechos por parte del autor. El envío de artículos será hecho exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

Conflicto de interés: cualquier interés de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboración o evaluación de un artículo debe ser declarado para la identificación de posibles conflictos de interés. Una vez reconocido el conflicto de interés el artículo será rechazado.

### **Índices**

Actualmente la RSTPR es miembro de CrossRef y está indizada en las siguientes bases de datos: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoría B1 y REDIB.

## **1. ENVÍO DE ARTÍCULOS**

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

### **Pasos a seguir**

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

- 1.- Título en portugués y en español;
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo;
- 3.- Dirección electrónica para correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, el autor deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada. Se debe indicar también la actual afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros

hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. Esos datos **NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO**.

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

## 2. FORMATO DE ENVÍO

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “*Times New Roman*”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y **no debe exceder las 20 (veinte) páginas**, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

## 3. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

La estructura del artículo debe contener:

**Título:** en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho de hacer ajustes sobre el mismo.

**Notas aclaratorias:** cuando correspondan al título debe insertarse al final de la página con llamada de \*.

**Resumen:** en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

**Palabras clave:** en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que se ubicarán

después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

**Cuerpo del artículo:** deberá constar con la siguiente estructura: INTRODUCCIÓN, DESARROLLO, CONCLUSIÓN. El DESARROLLO puede subdividirse.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en *letra cursiva*, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de cada página, sin sangría, letra “*Times New Roman*”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

### **Citas directas**

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “*Times New Roman*” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

### **Citas en notas**

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

#### **a) Primera cita**

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas.

La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão

subsidiário – como, por exemplo, a presença 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: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

#### **b) Segunda cita y las siguientes**

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

**Op. Cit.:** *Obra citada*. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7. ....
15. ....
16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

**Ídem.:** *Igual que la referencia anterior*. Se utiliza cuando la cita

actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

**Ibíd.:** *En el mismo lugar.* Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

**Agradecimientos:** en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las referencias bibliográficas.

**Referencias bibliográficas:** se incorporarán al final del artículo, bajo el título **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

## PUBLICACIONES IMPRESAS

### - LIBROS

APELLIDOS, Nombres. *Título del libro –en cursiva–*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

#### **Un autor**

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

#### **Dos autores**

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

#### **Más de dos autores**

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

#### **Autor corporativo**

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y*

*convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

**Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro**

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

**- CAPÍTULO DE UN LIBRO**

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

**- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS**

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

**- REVISTAS**

*Título de la revista–en cursiva-*, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación

*BUSINES review*, New York, vol 25, nº 10. 1993.

**- ARTÍCULO DE REVISTA**

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. *Título de la revista –en cursiva-*. año de publicación,



vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

**Un autor**

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

**Dos autores o más autores**

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

**- ARTÍCULO DE PERIÓDICO**

“Título del artículo –entre comillas”. *Título del periódico–en cursiva–*. Fecha de publicación, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

**- TESIS**

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título –entre comillas–” [Tipo de documento]. Orientador. Institución académica en la que presenta. Lugar, año.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

**- INFORMES**

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva–*. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almería: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

**- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)**

*Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva–* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año.

*Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). 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. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

### **Jurisprudencia de tribunales nacionales**

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

### **Jurisprudencia de tribunales internacionales**

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: <[http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2012\\_es.pdf](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, n° 10. 1993 [consultado 3 de mayo de 2012]. Disponible en: <<https://hbr.org/>>

### - ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título de la revista –en cursiva-* año de publicación, vol, n° o tomo, página inicial y final del artículo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

### Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [en línea]. *Economíaunam* 2004, vol 1, n° 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

**- ARTÍCULO DE PERIÓDICO**

“Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título del periódico– en cursiva-*. Fecha de publicación. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [en línea]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [fecha de consulta: 18/02/2015]. Disponible em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

**- INFORMES**

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva-*[en línea]. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe) [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

**- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)**

*Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

**- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO**

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

**- PÁGINA WEB**

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo o NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN –en mayúsculas-. “Título de la página Web” [en línea]. Fecha de revisión/actualización si consta en la página. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [em linha]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <[http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b\\_52/](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 afiliação 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 referencia anterior.* Utiliza-se quando a citação atual deriva da mesma obra e da mesma página que a da citação imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

**Ibíd.:** *No mesmo lugar.* Utiliza-se para evitar a repetição de uma citação anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas na mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

**Agradecimentos:** em caso de necessidade, deve contar, no máximo, com 20 palavras, ao final do artigo e antes das referências bibliográficas.

**Referências bibliográficas:** devem ser incorporadas ao final do artigo, sob o título **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**, onde deverão ser inseridos os trabalhos citados no corpo do texto: Os formatos ISO 690 e ISO 690-2 devem ser utilizados e os autores deverão ser ordenados em ordem alfabética.

## **PUBLICAÇÕES IMPRESSAS**

### **- LIVROS**

**SOBRENOME**–em maiúsculas– Nomes. *Título do livro* –em *itálico*–. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação

A menção do número da edição se realiza a partir da segunda edição.

### **Um autor**

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

### **Dois autores**

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

### **Mais de dois autores**

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

### **Autor corporativo**

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

**Editor, coordenador, compilador, organizador de livro**

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos os casos utilizar (ed) ou (eds) conforme seja um ou mais autores.

**- CAPÍTULO DE LIVRO**

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro –em itálico-*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

**- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS**

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro – em itálico -*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo).

DREYZIN DE KLOR, *Adriana*; FERNÁNDEZ ARROYO, *Diego* (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalía, 2005. (DeCITA 03.2005).

**- REVISTAS**

*Título da revista–em itálico-*, cidade de publicação, vol, número. Ano de publicación

*BUSINES review*, New York, vol 25, nº 10. 1993.

**- ARTIGO DE REVISTA**

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes. “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico*. Ano de publicação vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

**Um autor**

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

**Dois autores o mais de dois autores**

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

**- ARTIGO DE PERIÓDICO**

“Título do artigo – entre aspas”. *Título do periódico – em cursiva* -. Data da publicação, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

**- TESE**

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. “Título – entre aspas” - [Tipo de documento]. Orientador. Instituição acadêmica. Lugar, ano.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

**- RELATÓRIOS**

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almeria: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

**- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)**

*Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da

conferência, data e lugar de realização – entre parênteses -) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar da publicação: editora, ano.

*Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

#### **- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO**

**SOBRENOMES** – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, local e data da realização –entre parênteses-) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de 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. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados*

*Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

**Jurisprudência dos tribunais nacionais**

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

**Jurisprudência dos tribunais internacionais**

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012 [online]. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible em: <[http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2012\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf)>.

**PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS**

**- LIVROS**

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico–* [online]. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço da página>.

**Um autor**

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [online]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [data da consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponível em: <[http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE\\_NA.PDF](http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF)>

**Más de un autores**

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponível em: <[http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201\\_main%20results\\_jrc67394.pdf](http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf)>

**Autor corporativo**

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development [online]. Geneva: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf)>

#### - **CAPÍTULO DE LIVRO**

**SOBRENOMES** – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas -”. En: **SOBRENOMES** – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva-* [online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

#### - **PARTE DE UMA COLEÇÃO DE LIVROS**

**SOBRENOMES** – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas-”. En: **SOBRENOMES** – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva* -[online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo) [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

#### - **REVISTAS**

*Título da revista- en cursiva-* [online], lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

*BUSINES review*, New York, vol 25, nº 10. 1993 [acessado 3 de mayo de 2012]. Disponível em: <<https://hbr.org/>>

#### - **ARTIGOS DE REVISTA**

**SOBRENOMES** – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título da revista – en cursiva* - ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

#### **Um autor**

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [online]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

#### - **ARTIGO DE PERIÓDICO**



“Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título do periódico – em cursiva* -. Data de publicação. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [online]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [acceso 28 de marzo de 2014 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

#### - RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -[online]. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório) [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

#### - CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

*Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva-* (número da conferência, data e lugar de realização – entre parêntesesv-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

#### - APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva-* (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano. p. inicial-final. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

#### - PÁGINA WEB

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo ou NOME DA INSTITUIÇÃO – em maiúsculas -. “Título da página Web” [online]. Data de revisão/atualização se consta da página. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [online]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <[http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b\\_52/](http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/)>

Finalizada  
en mayo de 2021.

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.

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 marzo - Día del MERCOSUR  
13 de agosto - Aniversario del 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