



RSTPR

**Revista de la Secretaría del
Tribunal Permanente de Revisión**

**Revista da Secretaria do
Tribunal Permanente de Revisão**

**Año 9 N° 18
2021**

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

RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.
Año 9, N° 18, 2021
ISSN: 2307-5163 (impreso)
ISSN: 2304-7887 (en línea)

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

Asunción, República del Paraguay

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



EDITOR JEFE

Juan Manuel Rivero Godoy, Tribunal Permanente de Revisión

EQUIPO EDITOR

Brenda Maffei, Tribunal Permanente de Revisión
Maidier 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, N° 18, diciembre 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.
Las opiniones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

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

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
Rolando Díaz, Comisión Nacional de la Competencia, 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 Emilio 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

PRESENTACIÓN — APRESENTAÇÃO	9
------------------------------------	---

Juan Manuel Rivero Godoy

PRÓLOGO — PRÓLOGO	10-11
--------------------------	-------

Brenda Maffei

ARTÍCULOS ORIGINALES — ARTIGOS ORIGINAIS

La inadmisión de cuestiones prejudiciales remitidas por instancias administrativas nacionales (a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2020, Anesco y otros c/ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, recaída en el asunto 462/19)	12-41
---	-------

Carlos Francisco Molina del Pozo y Enrique Manuel Puerta Domínguez

Creación de zona virtual como vía de transmisión de rogatorias regionales	42-58
--	-------

Liliana Rapallini

A complexidade social para adoção de um Tribunal de Justiça Internacional	59-75
--	-------

Pedro Ernesto Neubarth Fernandes e Leonel Severo Rocha

Empresas y Derechos Humanos: ¿Presencia en la agenda programática del MERCOSUR?	76-97
--	-------

Luis Fernando Castillo Argañarás y Agustina N. Vazquez

A solicitação de opiniões consultivas pelo Supremo Tribunal Federal: democratização do acesso ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL	98-115
--	--------

Georgia Anastácia Campana Murari

Bases jurídicas institucionales del proceso de integración económica centroamericana	116-144
---	---------

Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL — CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL

**El conflicto ruso-ucraniano: algunas cuestiones referentes a las sanciones en el Derecho Internacional y una nueva
¿tendencia?**

Juan Manuel Rivero Godoy

NORMA EDITORIAL — NORMA EDITORIAL

PRESENTACIÓN

Una vez más y a lo largo de estos diez años la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión se complace en lanzar el segundo número de la Revista correspondiente a 2021, dando así continuidad a un trabajo que inició por 2013 y que en base al esfuerzo de sus integrantes y apoyo institucional se ha consolidado en el tiempo, convirtiéndose en un material de referencia para aquellos que están interesados en las Relaciones Internacionales y en todo lo que ofrece el Derecho de la Integración junto al Derecho Internacional Público como Privado.

En este número encontrarán trabajos de suma utilidad para investigaciones, así como fuentes de inspiración para otros trabajos. Es por ello que se agradece a los autores, los revisores y a los funcionarios de la STPR, por el extraordinario trabajo que han realizado y que sin ellos sería imposible llegar a este resultado.

Recordando, la compleja y extenuante situación que el COVID-19 ha traído a la vida diaria de todos, esta edición se enorgullece de no haber bajado los brazos y mantenerse incólume a los desafíos y apostar por seguir en la senda que hoy posiciona a la Revista en el mundo académico.

A la espera que sea de vuestro agrado, el siguiente número reúne variados trabajos en el campo de la democracia y acceso a la justicia, cartas rogatorias, cuestiones prejudiciales, empresas y derechos humanos, la integración económica y el arbitraje; entre otras.

Sin otro particular, les saluda atentamente.

Dr. Juan M. Rivero Godoy
Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

PRÓLOGO

El presente número de la RSTPR pretende la divulgación de diversos temas actuales relacionados a cuestiones atinentes al Derecho Internacional público, Derecho de la Integración, MERCOSUR, Derechos Humanos, Comercio, relaciones internacionales, entre otros.

Este volumen de la revista comienza con el artículo “La inadmisión de cuestiones prejudiciales remitidas por instancias administrativas nacionales (a propósito de la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 16 de septiembre de 2020, Anesco y otros c/ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, recaída en el asunto 462/19)” Analiza la cuestión prejudicial en la Unión Europea a partir de sentencia del 16 de septiembre de 2020, Anesco y otros c/ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, recaída en el asunto 462/19. Focaliza su estudio en la cuestión de la inadmisibilidad o incompetencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para entender en las mismas.

Luego se presenta el trabajo cuyo título es: “Creación de zona virtual como vía de transmisión de rogatorias regionales”, aborda un tema de notable actualidad, al analizar el proceso electrónico a partir de la perspectiva del Derecho Internacional Privado y examina la viabilidad de creación de una zona virtual que facilite la transmisión de exhortos a través de una plataforma segura y eficaz.

Seguidamente el artículo intitulado: “Complejidad social para adopción de una Corte Internacional de Justicia” procura reflexionar acerca de la posibilidad o no de adopción de un órgano judicial supranacional en una sociedad compleja en donde el Estado no consigue dar soluciones locales para responder a problemas sociales globales. Un órgano judicial supranacional podría ser la respuesta a las necesidades globales,

En el trabajo cuyo título es: Empresas y Derechos Humanos: ¿Presencia en la agenda programática del MERCOSUR?, analiza el rol de las empresas en el actual contexto de globalización para determinar qué lugar tiene el tema Empresa y Derechos humanos en la agenda del MERCOSUR. Se argumenta que los vaivenes mercosureños no permiten configurar en la actualidad un rumbo preciso. La agenda de Derechos Humanos del bloque, no es una excepción. Incorporar la dimensión de derechos humanos afectados por la actividad empresarial, no es más que una quimera.

En el trabajo intitulado: “A solicitação de opiniões consultivas pelo Supremo Tribunal Federal: democratização do acesso ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL”, analiza la cuestión de las Opiniones Consultivas

(OC) efectuadas al TPR por parte del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil. Realiza un racconto sobre el mecanismo de solución de controversias internacionales y en el MERCOSUR, para luego focalizar en el tema de las OC y el trámite previsto en el derecho interno brasilero para su solicitud, indicando que esta herramienta procesal significa un aporte a la democratización del acceso al sistema de solución de controversias, vía OC.

El trabajo intitulado: “Bases jurídicas institucionales del proceso de integración económica centroamericana” propone explicar las características y los fundamentos jurídicos de la integración económica centroamericana, así como, la organización de su estructura institucional, argumentando que esta integración es un proceso con múltiples canales de comunicación e interacciones de organizaciones y autoridades, normas, en distintos niveles, nacionales, comunitarios e internacionales. Además, sosteniendo ha generado también una producción doctrinaria y jurisprudencial que se suma al ordenamiento jurídico autónomo comunitario con efectos directos y de aplicación preferente, trascendiendo al antiguo regionalismo y consolidándose en el Siglo XXI, propulsando no sólo el acercamiento entre los socios de la región, sino también, a través de asociaciones con actores extra regionales.

Finalmente, la contribución especial del Secretario del TPR titulado “El conflicto ruso-ucraniano: algunas cuestiones referentes a las sanciones en el Derecho Internacional y una nueva ¿tendencia?” es un trabajo que invita a reflexionar sobre la violación en la aplicación y uso que se ha dado al derecho internacional y en las sanciones aplicadas a ciudadanos de un país en guerra sin tener intervención en el conflicto.

Desde la RSTPR confiamos en que estos trabajos sean de su interés y constituyan un aporte significativo en su formación académica y profesional, aspectos que siempre se tienen en consideración al evaluar y publicar los diversos artículos que conforman cada número de la revista.

Dra. Brenda Luciana Maffei
Funcionaria Técnica
Área Jurídica
Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

La inadmisión de cuestiones prejudiciales remitidas por instancias administrativas nacionales (a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2020, Anesco y otros c/ Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, recaída en el asunto 462/19)

A inadmissibilidade das questões prejudiciais apresentadas pelos órgãos administrativos nacionais (referente da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 16 de setembro de 2020, Anesco e outros v. Comissão Nacional de Mercados e Concorrência, sobre o assunto 462/19)

Carlos Francisco Molina del Pozo* 

Enrique Manuel Puerta Dominguez** 

Resumen: Elemento de flexibilidad a la par que polémico, las apreciaciones pronunciadas por el Tribunal de Justicia de la UE en cuanto a las cuestiones prejudiciales que le son remitidas constituyen expresión de una acentuada independencia judicial. Estos posicionamientos le han llevado en algunos casos a rechazar contestar a las dudas remitidas desde instancias administrativas nacionales. Ante tan inquietantes ejemplos, este estudio propone una metodología científica para comprenderlos mejor, centrándose con carácter especial uno de los más recientemente producidos, y que afecta a precisamente un órgano administrativo español.

Resumo: Elemento de flexibilidade e também polémico, as apreciações do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre as questões prejudiciais que lhe

* Universidad de Alcalá de Henares, España.

** C.E.U. Cardenal Spínola, Sevilla, España. Universidad de Huelva, España.

E-mail: carlosf.molina@uah.es

Recibido: 11/06/2021. Aceptado: 15/07/2021.



são submetidas são expressão de uma marcada independência judicial. Estas posições o levaram, em alguns casos, a recusar-se a responder às dúvidas enviadas pelas autoridades administrativas nacionais. Diante de exemplos tão preocupantes, este estudo propõe uma metodologia científica para melhor compreendê-los, focalizando-se especialmente em um dos (casos) mais recentes produzidos, e que afeta especificamente um órgão administrativo espanhol.

Palabras clave: Cuestión prejudicial, inadmisibilidad, instancias administrativas, nacionales.

Palavras-chave: Questão prejudiciais, inadmissibilidade, órgãos administrativos nacionais.

1. INTRODUCCIÓN

En la siempre ingente y fundamental labor desempeñada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ciertos pronunciamientos conocen un añadido en cuanto a su impacto y trascendencia. Ello obedece con frecuencia a aspectos mediáticos o de especial expectativa con los que se aguarda el parecer de la alta instancia judicial comunitaria, unas aspiraciones que, como en el caso que ahora nos sirve de punto de observación o análisis, se tornan en decepción o perplejidad por cuanto defraudan lo que se espera de una respuesta desde Luxemburgo a una cuestión prejudicial de la variante interpretativa (otras son, aunque ahora no cuenten en nuestro estudio, las cuestiones prejudiciales en apreciación de validez sobre determinados actos del Derecho comunitario derivado); en efecto, no es lo más frecuente que el TJUE omita responder o acoger las dudas remitidas por una jurisdicción nacional, impulsora del mecanismo propio del reenvío. Sin embargo, estas omisiones (por unos u otros motivos) se han venido produciendo a lo largo del tiempo, con lo cual cabe operar el correspondiente análisis para evitar nuevos desencuentros parecidos. Apreciamos, sencillamente, tras los razonamientos empleados por el TJUE que, a lo largo del presente estudio iremos desgranando, éste se limita a expresar en su sentencia del pasado mes de septiembre de 2020, sobre la que ahora nos centramos, que «la petición de decisión prejudicial planteada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) mediante resolución de 12 de junio de 2019, es inadmisibile», dejando ayuna a una Administración nacional del anhelado asesoramiento propiciado por la Alta Magistratura de la Unión.

Las incógnitas que ahora nos asaltan son muchas, siempre del complejo universo jurídico que supone la modalidad de la cuestión prejudicial, sobre cuya trascendental aportación a la construcción del estado

*de Derecho europeo tanto y tan bien se ha escrito*¹, y que correlativamente ha interesado también a una significativa parte de la doctrina nacional más acreditada². Y es que, la labor del TJUE en el contexto de la cuestión

1 Consecuentemente algunos indican que la cuestión prejudicial coloca al Juez nacional como Juez primero de la UE. Tal es el parecer de NAOME, C. *Le renvoi préjudiciel en droit européen, Guide pratique*. Paris: Larcier, 2ª ed., 2010, nº 2, p. 12. Ciertamente antiguo Juez del TJUE habla de un sistema de cooperación entre jurisdicciones; tal es PESCATORE, P. *Le droit de l'intégration*. Bruselas: Bruylant, 2005, p. 89, quien concibe la cuestión prejudicial como un ingenioso mecanismo de compromisos entre la soberanía judicial nacional y las necesidades de una aplicación uniforme del Derecho comunitario. Cítese también en dicha línea del reputado Juez europeo PESCATORE, P. *Études de droit communautaire européen 1962-2007*. Bruselas: Bruylant, 2008, p. 362. Otros lo secundan en idénticos términos, Véase GROSS, P. «Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes – contraintes, hésitations et refus». En CHARPENTIER, J. *Mélanges en l'honneur*. La France, l'Europe et le Monde, París: Pedone, 2009, p. 333. Para ADALID, S. «Chronique de jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union – le renvoi préjudiciel et la diversité du rôle des juridictions suprêmes», *RTDE*, 2015, p. 348: «El reenvío prejudicial no se limita simplemente a poner en presencia al Juez nacional ante el TJUE. Bien al contrario, pone en relación sendos ordenamientos jurídicos y jurisdiccionales, haciendo partícipes tanto a las partes como a sus intereses. Esta herramienta de comunicación entre los múltiples destinatarios del ordenamiento europeo resulta ser una de las claves para su coherencia». Otros autores advierten que el mecanismo no está exento de incoherencias. Así lo aprecia MARCIALI, S. *La flexibilité du droit de l'Union européenne*. Bruselas: Bruylant, 2007, p. 214: «El reenvío prejudicial exhala una cierta contradicción entre sus objetivos y su procedimiento de puesta en práctica, destinado a asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario, puesto que implica una colaboración espontánea de las jurisdicciones nacionales, especialmente de aquellas que revisten un carácter supremo». Finalmente, la exigencia de acatamiento de lo emitido por el TJUE en sus sentencias prejudiciales es puesto de relieve con carácter general desde una perspectiva europea (que no siempre nacional); de este modo BLUMANN, C.; DUBOUIS, L. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. 5ª ed. Lexis Nexis, nº 975, p. 724, 2013. Todas las jurisdicciones internas deberán aplicar los textos tal como haya sido interpretados por el TJUE en su decisión prejudicial, so pena de cometer una violación del acto o de la norma cuya interpretación o alcance hubiera así quedado delimitada por la labor de aquél».

2 Sin ánimo de ser exhaustivos, véanse como muestras PASTOR LÓPEZ, M. «El incidente prejudicial del Derecho Comunitario Europeo». *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-5, 1985 p. 141 y ss; PASTOR LOPEZ, M. «La obligatoriedad o el carácter facultativo de la cuestión prejudicial del Derecho comunitario europeo». En *Noticias CEE*, 1987, nº 25, p. 103 y ss; COLLADO GARCÍA-LÁJARA, E. «El Juez comunitario español». En *Revista de Estudios e Investigación de las Comunidades Europeas (REICE)*, Edersa, 1990, nº 18, p. 689-721; TRAYTER JIMENEZ, J. M. «Novedades en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado italianos, acerca de la utilización de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 177 CEE. Su influencia sobre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo». *Noticias CEE*, 1993, nº 102, p. 21-27; CADENAS CORTINA, C. «Análisis de las cuestiones prejudiciales presentadas por España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Memoria de investigación presentada ante el Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares, dirigida por MOLINA DEL POZO, C.F, 1994; CIENFUEGOS, Mateo M. «Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su aplicación judicial en los Estados miembros». Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1995; MORCILLO MORENO, J. «El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?». *Revista de Administración Pública*, 2011, nº 185, p. 227-262; MOLINA DEL POZO, C. F. *Procedimiento y recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*. Madrid: Edersa, 1987, p. 110 y ss; BACIGALUPO SAGGESE, M. «El sistema jurisdiccional de la Unión Europea». En *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Madrid: Colex, 2012; SOCA TORRES, Isaac. *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*. Barcelona: José Mª Bosch Editor, 2016; GARCIA-VALDECASAS DORREGO, M. J. *Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE, Colección Claves Prácticas*.

prejudicial ni es meramente pasiva, ni automáticamente doctrinal, sino que se corresponde con el examen o apreciación de oficio (*relevé d'office* en la terminología francesa, generalmente asumida por la doctrina³), una actitud jurisdiccional que, con base en los Tratados y en su propio Reglamento de régimen interno, la institución judicial de Luxemburgo quizás haya venido prodigando si cabe aún más en los últimos tiempos.

2. ASPECTOS DE BASE; NOCIÓN Y ALCANCE DEL EXAMEN O APRECIACIÓN DE OFICIO POR PARTE DEL TJUE EN EL CONTEXTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Factor principalmente de flexibilidad y adaptabilidad jurídicas, el examen o apreciación de oficio constituye la expresión de una importante libertad del TJUE en lo que refiere a las cuestiones planteadas por la instancia nacional *a quo*. Esta flexibilidad persigue dos objetivos a priori contradictorios: de una parte, el TJUE restringe el ámbito de las cuestiones, cuando no directamente las rechaza. Por el contrario, y en contraposición, el TJUE expande o ensancha el marco de dudas sometidas por las instancias nacionales, operando entretanto significativas modificaciones o reestructuraciones. En consecuencia, esta libertad del TJUE se manifiesta a través de dos tipos de exámenes de oficio. Así las cosas, podemos detectar que, cuando lo planteado es la disposición o no a responder las preguntas por parte del Tribunal (en términos, que especificaremos, de inadmisibilidad o incompetencia), el examen tiende a ser por episodios notoriamente puntillosos y restrictivos⁴, todo lo contrario de lo que se produce cuando son los aspectos sustancialmente interpretativos en cuanto al fondo aquellos componentes que ocupan sustancialmente la labor del Tribunal. La diferencia fundamental entre ambos proceder radica en que, mientras en el primero, el TJUE suministra respuestas útiles a la instancia nacional de reenvío, lo que en principio no se deduce en la clase de pronunciamientos donde se registra un rechazo a contestar las preguntas planteadas, y que son los que precisamente interesan al presente estudio.

Tratándose el funcionamiento de la cuestión prejudicial como el de un procedimiento no contencioso, carente de partes en el sentido procesal del término, reviste significativamente una mayor importancia que una alta

Barcelona: Ed. Lefebvre, 2019; MOLINA DEL POZO C. F. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado Constitucional». En *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*. Edit. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, 2007, p. 21 y ss; MOLINA DEL POZO, C.F. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa». En la obra de MOLINA DEL POZO, C.F.; PIZZOLO, C. (Ed.), *La Administración de Justicia y la Unión Europea y el Mercosur: un análisis para su fortalecimiento*. Buenos Aires: Eudeba, 2011, p 127-150; MOLINA DEL POZO, C. F. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: procedimiento y recursos*. Pamplona: Aranzadi, 2020, p. 170-200.

³ Véase como ejemplo a nivel de la doctrina española CASTILLO DE LA TORRE, F. «Le relevé d'office par la juridiction communautaire», *CDE*, 2005, nº 3-4, p.395-463.

⁴ Vid. HATZOPOULOS V. «De l'arrêt Foglia Novello à l'arrêt TWD Textilwerke- La jurisprudence de la Cour de Justice relative à la recevabilité des renvois préjudiciels». *RMUE*, 1994, nº 3, p. 195-219.

jurisdicción como el TJUE, encargada de suministrar una interpretación uniforme del ordenamiento comunitario para todo el territorio de la Unión Europea, pueda cribar de manera incuestionada los muchos requerimientos que recibe en tal sentido desde múltiples instancias nacionales⁵. Otros autores desposeen al TJUE de ese llamativo estigma, así como de estar aparte como una entidad especial y suprema y que, de un modo un tanto paradójico, le privaría de realizar un examen sobre la admisibilidad y competencia cuando es requerido a intervenir, tal como puede hacerlo cualquier otro Juzgado o Tribunal de los Estados miembros. Dentro de estos primeros elementos de observación, cabría preguntarse acerca del posible impacto que los cambios referentes a la regulación de la cuestión prejudicial en el Derecho originario y en la normativa de régimen interno del TJUE, hayan podido tener como presumible causa explicativa de lo que parecería un posible aumento significativo de las negativas a responder reenvíos por parte del TJUE. En efecto, tendremos que hacer una comparativa acerca de las diferentes redacciones que los preceptos dedicados a la cuestión prejudicial han venido conociendo a lo largo de la andadura integracionista europea, junto con las normativas de desarrollo más vinculadas a este mecanismo procesal, para, acto seguido, ponderar si esas modificaciones o reformas han tenido mucho o poco que ver en lo que (también aparentemente) demuestra como un aumento ostensible de los rechazos del Tribunal de Justicia a contestar cuestiones prejudiciales.

A este respecto, constatamos que hay ciertas modificaciones, un tanto operativas, desde la primera redacción (correspondiente al antiguo art. 177 del Tratado de Roma) y la actualmente vigente (art. 267 del TFUE). Así, mientras el punto b) de la antigua redacción menciona «la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo», y el antiguo punto c), menciona la interpretación de los estatutos de organismos creados por el Consejo, todo ello queda reducido en el actual punto b) como «validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión». Parece que estos extremos no arrojan demasiada luz ni interés con relación a encontrar un precedente normativo claro que limite la labor del Tribunal, con relación a la naturaleza o entidad nacional de reenvío. Sucederá, pues, que la cuestión prejudicial, tal como proviene del entorno nacional, será, en todo caso, la que vendrá viciada por algún factor o impedimento que inducirá la actuación del TJUE, orientándola para no contestar. Ha de estimarse que, a nivel nacional estrictamente procesal, y en lo que sería la primera fase del

⁵ Algunos autores se preguntan acerca de la pertinencia, cuando no de la cortesía, de que se establezcan cortapisas a una comunicación entre instancias que, sean jueces o no en el sentido nacional, sí están llamadas a aplicar el Derecho de la Unión Europea y tienen la deferencia de dirigirse, nada menos que, a su supremo intérprete cual es el TJUE. Ese parecer lo expresa VANDERSANDEN, G. «La procédure préjudicielle: À la recherche d'une identité perdue». En DONY, M. (Ed.), *Mélanges en hommage a Michel Waelbroeck*. Bruselas: Bruylant, 1999, vol I, p. 619-648.

proceso, el planteamiento del reenvío podrá hacerse de oficio o a sugerencia de una de las partes del litigio principal (libre de ser aceptada o no por el Juez nacional, soberano a tal respecto), debiéndose notificar, si así se acordare, a los demás sujetos personados en la causa, la petición de dicha parte o la intención del órgano jurisdiccional, con objeto de que aleguen lo que consideren conveniente en cuanto a la procedencia de acoger la petición o la intención formulada, así como también, en cuanto al contenido de la formulación. Además, a todo ello puede emitir su parecer el Ministerio Fiscal⁶. A continuación, el órgano jurisdiccional interno, dictará la resolución que acuerde o deniegue el planteamiento del incidente prejudicial. Aquí serían otros instrumentos los que se manejarían por parte del TJUE, como sus propias normativas o reglamentación interna. Efectivamente, el TJUE ha emitido diversos documentos, tales como notas informativas o guías dirigidas al personal al servicio de la Administración de Justicia y Colegios de Abogados de los Estados miembros, ilustrándoles de cuál ha de ser el modo procesal de dirigirse al TJUE cuando se planteen cuestiones prejudiciales en cualquiera de sus dos modalidades.

En la práctica, es el Juez nacional (con las diferencias entre una y otra modalidad antes vistas) quien decide plantear la cuestión prejudicial al TJUE. Corresponde al primero, explicar por qué la intervención del TJUE es necesaria para ayudarle a resolver el litigio planteado. La cuestión podrá plantearse en cualquier estadio o fase de desarrollo del procedimiento a nivel nacional, si bien resulta preferible que, todos los elementos útiles para la comprensión del litigio en términos de Derecho, sean ya del conocimiento tanto del Juez como de las partes, así como que éstos hayan emergido a lo largo de un debate contradictorio.

3. INADMISIBILIDAD Y FALTA DE COMPETENCIA, TÉRMINOS EMPLEADOS PRESUNTAMENTE DE MODO INDISTINTO EN LAS NEGATIVAS DEL TJUE A CONTESTAR CUESTIONES PREJUDICIALES

El TJUE en su fallo de 16 de septiembre de 2020, procede a no aclarar las cuestiones remitidas por la CNMC por estimarlas inadmisibles, cuando resulta que la admisibilidad comparte, junto con la falta o ausencia de competencia, la condición de excusa o justificación para no contestar las cuestiones prejudiciales, extremo este que merece el debido análisis. La cuestión prejudicial puede también ser declarada inadmisibile si se plantea con motivo de una situación que no entra en el campo de aplicación del acto normativo afectado. Es por este motivo por lo que se hace preciso estar atentos cuando se intenta promover la interposición de una cuestión prejudicial fuera del campo de aplicación efectivo de una norma europea,

⁶ En cuanto a la primera fase a la que hacemos referencia, véanse PASTOR LÓPEZ M. «El incidente prejudicial del Derecho Comunitario Europeo», *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1985, p. 141 y ss.; CHEVALLIER, R. M.; MAIDANI D. *Guide pratique de l'article 177 CEE*. Luxemburgo: OPOCE, 1982, p. 65 y ss.

puesto que el riesgo de inadmisibilidad de la cuestión aumenta.

Sin pretender con ello un análisis exhaustivo, tal como afirmábamos al comienzo del presente epígrafe, la verdad es que el TJUE ha manejado, confusa e indistintamente, desde los primeros tiempos de su existencia, las acepciones de inadmisibilidad e incompetencia, y para las cuales se han barajado motivaciones distintas. Tales motivaciones, no sólo tienen que ver con posibles dudas respecto del carácter no jurisdiccional del órgano nacional de reenvío, sino, asimismo, por otras componentes que, seguidamente, procederemos a sintetizar. De esta forma, observaremos que, la ausencia de un carácter o matiz plenamente asimilable al de órgano judicial de planta o en sentido estricto, tampoco resulta ser el factor decisivamente relevante. Así las cosas, se han producido causas en las que el TJUE ha hablado de incompetencia, siendo que el Abogado General, manejaba el criterio de la inadmisibilidad para referirse a la misma situación⁷, mientras que, en otras ocasiones se ha producido, precisamente, lo contrario (TJUE que opta por encuadrar la situación como de inadmisibilidad correspondiendo al Abogado General hablar de competencia⁸. Asimismo, puede constatarse que, también sucede en otros ejemplos que el TJUE, abordando la cuestión de lo que se presenta como admisibilidad, afirma que la mencionada jurisdicción, es la única que puede apreciar y evaluar su propia competencia⁹. Idénticos elementos resultan tratados de un modo indistinto, en los cuales la admisibilidad parece dar cobertura al análisis sobre la competencia,¹⁰ mientras que, en otros casos, es la segunda la que opera tal cobertura sobre la primera¹¹, lo que no ha pasado inadvertido por la doctrina¹². En otros asuntos, sin embargo, el TJUE es mucho más escrupuloso a la hora de operar distinciones, existiendo algunas muestras en las que se diferencia entre la competencia (en virtud de la cual se ubica la naturaleza jurisdiccional del órgano nacional de reenvío) y la admisibilidad (en cuyo título, el TJUE carga característicamente otras incidencias negativas al reenvío, cuales son la ausencia de un verdadero litigio, o defectos tanto en la formulación de las cuestiones como en su motivación)¹³. Lo mismo resulta acontecer para otra clase de negativas, esta vez recibidas por Juzgados que, estrictamente, pertenecen a la planta jurisdiccional, en donde se habla, por un lado, de incompetencia para conocer o proporcionar interpretaciones del Derecho

7 STJUE del 11 de marzo de 1980 Foglia/Novello I As 104/79.

8 STJUE del 30 de junio de 1966 Vaassen-Göbbels As 61/65.

9 STJUE del 11 de noviembre de 1997 Eurotunnel As 408/95, por cierto, de los pocos casos, si no el único, donde se admite una cuestión prejudicial en apreciación de validez sobre determinados preceptos contenidos en Directivas (que no interpretativa), impulsada por un órgano de denominación pseudojudicial (Tribunal de Comercio de París), si bien sin incidencias a dicho respecto.

10 STJUE del 17 de septiembre de 1997 Dorsch Consult As 54/96.

11 STJUE del 31 de mayo de 2005 Syfait As 53/03.

12 PICOD, F. «Le développement de la juridictionnalisation». En RIDEAU, J. (Ed.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*. Paris: LGDJ, 2000, p. 261-286.

13 Auto del TJUE del 26 de abril de 1993 Monin As 386/92.

originario, en el sentido requerido por las jurisdicciones recurrentes y, por otro, se menciona la admisibilidad con relación al marco fáctico y reglamentario en donde presuntamente se halla inmersa la causa¹⁴.

Apreciaremos, finalmente, que esta confusión llega incluso a provocar divergencias o antinomias en la producción de la doctrina científica. En efecto, algunos autores abordan la noción de la jurisdicción en el ámbito de la cuestión prejudicial enmarcada en lo que denominan «análisis de la doctrina de la admisibilidad»¹⁵. Otros, en cambio, parecen colocar la admisibilidad y la incompetencia en el mismo plano operativo, a los efectos de deparar un análisis práctico, al margen de distinciones teorizantes que, aparentemente, poco aportan, sino la confusión misma¹⁶.

4. INSTRUMENTOS PROCESALES EMPLEADOS POR EL TJUE PARA EMITIR SU RECHAZO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL INTERPRETATIVA EN EL CONTEXTO EN CAUSA ¿SENTENCIA O AUTO?

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su fallo de 16 de septiembre de 2020, emplea la forma de sentencia para reflejar su negativa; sin embargo, existen otros muchos ejemplos en los que la forma utilizada ha sido la de un auto. Ciñéndonos al primer supuesto de desestimación a cargo del TJUE, cual es el recogido mediante sentencia, ésta puede conducir al rechazo total del reenvío, o bien a un rechazo parcial de una o varias de las cuestiones planteadas (sea ello por incompetencia o por inadmisibilidad, en los términos más arriba analizados). Hay casos de desestimación total en los que, como en el supuesto que nos ocupa, el órgano de reenvío no es tenido por una jurisdicción, o bien se considera por el TJUE, que no ejerce en el asunto concreto funciones jurisdiccionales, lo cual implica, en cierto modo, franquear esa delgada línea por la cual, el Juez de Luxemburgo no puede interpretar cuestiones o aspecto del Derecho interno¹⁷. El TJUE muestra su rechazo de modo similar cuando la descripción de los hechos y del marco normativo y reglamentario nacional es descartado por insuficiente¹⁸, así como en los casos en los que el TJUE declara estar en presencia de un litigio

14 Aquí tenemos ejemplos de Juzgados españoles, concretamente en el Auto del TJUE de 7 de abril de 1995 Grau Gomis As 167/94, concretamente un Juzgado de Instrucción de la localidad de Sueca (Valencia) y la STJUE de 16 de febrero de 2017 Margarit Panicello As 503/15 (Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa), éste último citado en la sentencia de 16 de septiembre de 2020 que ahora estudiamos.

15 MONJAL, P. Y. «La nouvelle donne du renvoi préjudiciel: entre coopération et sanction». *Petites Affiches*, 1996, n° 94, p. 8-11.

16 Así W. ALEXANDER. *La recevabilité des renvois préjudiciels dans la perspective de la réforme institutionnelle de 1996*. CDE, 1995, p. 561-576.

17 Véase como muestras STJUE del 30 de marzo de 1993 Corbiau As 24/92 Apdo. 17, STJUE de 12 de noviembre de 1998 Victoria Film As 134/97 Apdo. 19, o STJUE de 31 de mayo de 2005 Syfait As 53/03 Apdo. 38, sobre los que nos extenderemos más ampliamente con posterioridad. Ello también se ha dado en pronunciamientos inadmitidos de esta índole, aun cuando la adscripción judicial del órgano remitente no planteaba dudas, así STJUE de 19 de octubre de 1995 Job Centre As 111/94 Apdo. 12, en cuestiones remitidas por un Tribunal Civil y Penal de la ciudad de Milán.

18 STJUE del 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo, As ac. 320 a 322/90, Apdo. 10.

artificial construido por las partes¹⁹. Por el contrario, en otras hipótesis, como son cuestiones meramente especulativas sin relación aparente con el litigio a título principal, nada impide al TJUE constatar la inadmisibilidad de algunas preguntas y proporcionar respuestas a las demás²⁰, inclusive cuando puede acontecer que la inadmisibilidad afecte en apariencia al conjunto de las cuestiones²¹, salvo que lo planteado haya sido una sola pregunta o bien subsumible en una cuestión singular, lo cual, lógicamente, deparará la inadmisión total. Por otro lado, un rechazo parcial resulta igualmente posible, cuando una incompetencia del TJUE se infiera de la norma cuya interpretación o apreciación de validez sea la requerida por el órgano nacional, y dicha circunstancia permita su separación o segregación de lo que reste del conjunto de materias presentes en la causa.

Aun con todo, estimamos que, más interesante aún resulta la cuestión de saber por qué el TJUE decide constatar el rechazo total de las cuestiones por una sentencia (como es el caso planteado en el asunto que nos ocupa), cuando lo más lógico sería hacerlo mediante un auto. Un rechazo parcial por su parte, no puede hipotéticamente operarse sino mediante sentencia, en la cual se contendrán aquellas otras cuestiones a las cuales el TJUE acceder a responder. Pero, en lo que concierne al rechazo total, el TJUE no puede emplear la forma del auto a no ser que la incompetencia o inadmisibilidad aparezcan de una forma «manifiesta»²².

En principio, fuera de este sentido de «impropiedad manifiesta», tan sólo cabría el empleo de sentencias, ante lo cual surge la duda de si no han de ponderarse, además, otras razones menos formalistas o literales. Pero ello, tampoco, puede afirmarse que sea una pauta seguida por el TJUE de manera categórica, como se dio para la sentencia Job Centre. El precedente en este caso se hallaba en dos autos emitidos con anterioridad (los Autos Borker y Unterweger, precitados), mientras que, por otra parte, el carácter jurisdiccional del órgano de reenvío, no planteaba duda alguna²³. En efecto, fue en el auto Borker donde se pusieron en tela de juicio, por primera vez y de una manera clara, los criterios para que se produzca una verdadera función jurisdiccional, y aquí lo esperable es que, al ser un primer pronunciamiento, lo fuese por vía de sentencia. En realidad, el TJUE parece emplear en estos contextos la modalidad de sentencia y la de auto de manera indistinta, sin que se puedan contrariamente establecer unas líneas claras de paralelismo

19 Siendo el ejemplo más palmario, que no el único, el deparado por los célebres casos Foglia/Novello I y II, que recordaremos seguida-mente, en especial el Apdo. 13 del primer fallo.

20 STJUE del 16 de julio de 1992 Lourenço Dias As 343/90, Apdo. 42.

21 STJUE del 16 de julio de 1992 Meilicke As 83/91, Apdo. 34.

22 Tenor del art. 53.2 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, por el cual «Cuando el Tribunal sea manifiestamente incompetente para conocer de un asunto o cuando una petición o demanda sea manifiestamente inadmisibile, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado, sin continuar el procedimiento».

23 Igualmente, en STJUE del 30 marzo de 1993 Corbiau 24/92.

compartidas entre ambas vías²⁴. Sin embargo, tal como hemos podido apreciar, el citado referente no se produciría siempre en un modo tan claro; tal es así, máxime cuando existen autores que sostienen que, esos aludidos condicionamientos en favor del auto en el Reglamento, estarían en realidad concebidos, en exclusiva, para su utilización en supuestos de interposición de recursos directos, como, por ejemplo, el de anulación, y no para el entorno de la cuestión prejudicial²⁵. Tampoco puede afirmarse de manera taxativa que, en el rechazo de cuestiones prejudiciales, los autos superen en su empleo a las sentencias.

5. EXCEPCIONES PARA LA NO CONTESTACIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES, PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN CENTRADA EN LA MODALIDAD INTERPRETATIVA

Las causas de excepción contempladas en esta segunda división apuntada (de génesis exclusivamente jurisprudencial), podemos excluirlas para su tratamiento del contenido del presente estudio, dado que, mientras algunas sólo conciernen a la cuestión prejudicial en apreciación de validez²⁶, otras, que sí afectan a la cuestión prejudicial interpretativa, hacen referencia, en definitiva, a la pertinencia de las cuestiones remitidas desde el órgano jurisdiccional, lo que no es el contexto presente en la sentencia de 16 de septiembre de 2020 Anesco/CNMC. Tales causas de excepción son las que siguen a continuación:

a) la ausencia de un verdadero litigio, es decir, artificiosidad de la controversia²⁷, de entre los que, a lo largo de la historia del Derecho

24 Dicha intercambiabilidad, aun con enormes dudas, se puede inferir de pronunciamientos tales como la STJUE de 12 noviembre de 1998, Victoria Film As 134/97 Apdo. 19 y el Auto del TJUE de 26 noviembre de 1999 ANAS As 192/98 Apdo. 25.

25 Parecer expresado por RIDEAU, J.; PICOD, F. *Code des procédures juridictionnelles de l'Union Européenne*. Paris: Litec, 2002, p.666-668.

26 Se trata de la jurisprudencia iniciada en la STJUE de 9 de marzo de 1994 TWD As 188/92, según la cual, si el particular pudo estar legitimado a interponer un recurso directo de anulación respecto de la normativa nacional contestada, la cuestión prejudicial de invalidez ha de descartarse. Con significativa protesta en múltiples entornos doctrinales, máxime cuando se conocen las muy restrictivas condiciones de admisión de esta clase de recursos de los particulares por parte del TJUE, lo que les hace recaer sus esperanzas, precisamente, en la cuestión prejudicial interpretativa, esta línea jurisprudencial fue mitigada, asimismo, de un modo cuando menos chocante, por la STJUE de 10 de enero de 2006 Cassa di Risparmio di Firenze As 222/04, que admite la cuestión prejudicial en validez en estos casos, cuando exclusivamente se trata de una iniciativa de la única ideación del órgano nacional, sin que las partes lo hayan sugerido en modo alguno. Para un resumen acerca de la evolución de esta línea jurisprudencial hasta su estado actual véase PFFEIFERT, O.; THOMAS, S. *Droit matériel des aides d'Etat*. Bruselas: Bruylant, 2019, p. 212-214; también VAN RAEPENBUSCH, S. *Droit institutionnel de l'Union Européenne*. Bruselas: Larcier, 2016, p.1895 y ss.

27 Con algún precedente como en la STJUE de 22 de noviembre de 1978 Mattheus As 93 /78, figuran aquí los célebres casos deparados por las STJUES de 11 de marzo de 1980 Foglia/Novello I As 104/19, precitado, y de 16 de diciembre de 1981 Foglia/Novello II As 244/80 (asimismo conocidas como los casos del «Pretore di Bra». Sobre la problemática de los asuntos Foglia, se recomienda, especialmente, la aportación ya clásica de BARAV, A. «Imbrogljo préjudiciel – À propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire Foglia C. Novello». *RTDE*, 1982, pp. 431-483. En la década siguiente, el tratamiento de esta línea

comunitario, y con casos notoriamente de origen italiano, se ha deparado la existencia de los que podemos calificar simple y llanamente de presuntos «globos sonda», dirigidos para su pronunciamiento a la alta jurisdicción de Luxemburgo²⁸;

b) la ausencia manifiesta de relación entre el litigio y la cuestión planteada, conociendo estas negativas cierta similitud con respecto al contexto planteado en la SJTUE de 16 de septiembre de 2020²⁹; y

c) la ausencia manifiesta de definición del marco fáctico y reglamentario³⁰.

se prolongaría en otros pronunciamientos, tales como los contenidos en la STJUE de 16 de julio de 1992 Meilicke As 83/91, o también en el muy conocido de 15 de diciembre de 1995 sobre el jugador de fútbol Bosman As 415/93. Al respecto véase OLIVER, P. «La recevabilité des questions préjudicielles: la jurisprudence des années 1990». *CDE*, 2001, nº 1-2, p. 15-43. 28 En efecto, el reenvío es desestimado en aquellos contextos artificiosos en los que, en realidad, ambas partes están de acuerdo en los aspectos sustanciales o de fondo. Así, la célebre sentencia de Costa contra ENEL de 1965, origen de la teoría de la primacía, lo fue por un recibo de la luz de unos pocos de cientos de liras italianas de la época, o la STJUE de 14 de julio 1994 Faccini Dori, As 91/92, esencial en determinar las últimas fronteras en cuanto a la normatividad de las Directivas y su posible efecto directo horizontal (hay que decir sin resultados dignos de mención a tal respecto), se suscitó ante un pequeño litigio iniciado por un controvertido derecho de reembolso de un curso de inglés suscrito en una estación de ferrocarril, asimismo en Italia y también por muy bajo valor económico. Muchos otros autores opinan que, es mejor ensayar a tales niveles irrisorios de montante del litigio, y así obtener un precedente o unas líneas futuras a las que atenerse, para luego plantear casos de cuantías mucho más elevadas. Al respecto, véase PUERTA DOMINGUEZ, E. M. *La directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho*. Granada: Comares, 1999, p. 323 y ss.

29 Encontramos como muestras la STJUE de 16 de junio de 1981 Salonia As 126/80, el Auto del TJUE de 26 de enero de 1990 Falciola As 286/88, o la STJUE de 16 de julio de 1992 Lourenço Dias As 343/90 En estas jurisprudencias el TJUE se reserva cierto poder de apreciación acerca de la verdadera utilidad o coherencia jurídico comunitaria, con respecto de las cuestiones prejudiciales interpretativas que afectan a preceptos del Derecho originario, siempre que, a entender de la alta jurisdicción de la Unión Europea, las dudas remitidas tengan una verdadera entidad jurídico-comunitaria y resulten útiles en el contexto planteado de la causa. Para una visión de conjunto de estas líneas jurisprudenciales procedentes del TJUE, véase BARAV, A. «Une anomalie préjudicielle». En *Mélanges en hommage à Guy Isaac – 50 ans du droit communautaire*. Toulouse: Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2004, Tomo 2, p. 773-801.

30 No fue sino relativamente tarde, a partir de 1993, cuando el TJUE consagró este tercer criterio denegatorio, relativo a las cuestiones prejudiciales, con pronunciamientos tales como, la STJUES de 26 de enero de 1993 Telemarsicabruzzo As ac 320 a 322/90, de 3 de marzo de 1994 Vaneetveld As 316/93, o los Auto del TJUES de 19 de marzo de 1993 Bancharo As 157/92 y de 23 de marzo de 1995 Saddik As 458/93. Según una acreditada doctrina -véanse KOVAR, R. (1994), «L'évolution de l'article 177 du traité CE», en VANDERSANDEN, G. (Ed.), *La réforme du système juridictionnel communautaire*. Editions de l'Université de Bruxelles, p. 35-57- esta tercera fuente de denegaciones, debidas a la impropiedad de las cuestiones remitidas por el órgano nacional de reenvío, provendría de no superar las exigencias, impuestas por el TJUE, de que no vengan claramente remitidas a Luxemburgo las observaciones de las partes e intervinientes en el proceso, ni queden lo suficientemente claros los contextos, tanto fácticos como normativos del litigio en causa. Otros autores son más críticos respecto a este posicionamiento, reputándolo como un exceso respecto de la no injerencia del TJUE a la hora de dilucidar aspectos fácticos o del Derecho interno, aspectos que siempre son más fáciles de lo teórico que desde lo práctico -así véanse BARNARD, C.; SHARPSTON, E. «The changing face of article 177 references». *CMLR*, 1997, p. 1113-1171-. En aras de una mayor exactitud, el TJUE emitió, en el año 2009, su Nota Informativa sobre la introducción de los procedimientos prejudiciales por parte de las jurisdicciones nacionales (2009 C 297/01,

Anteriores en el tiempo a las acabadas de comentar son, desde luego, las excepciones que tienen su referencia en la letra del Derecho originario; pero aquí, encontramos, igualmente, unas que deben, también, ser inicialmente apartadas en la investigación en este momento planteada, pues radican en la naturaleza de las disposiciones y actos normativos objeto de la cuestión prejudicial. Aquí hallamos otros contextos, igualmente, ajenos al caso de figura abordado en el presente estudio y que atañen a la incompetencia declarada por el TJUE para pronunciarse. Así, en tal sentido, debemos reseñar los siguientes supuestos:

a) sobre la interpretación de ciertas disposiciones del Derecho de la Unión, como son las disposiciones correspondientes a la Política Exterior y de Seguridad Común (antiguo Segundo Pilar) o las antiguas decisiones y decisiones marco (dentro del antiguo Tercer Pilar, es decir, la antigua Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior o CAJI, hoy Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia), elementos que quedan absolutamente al margen del presente contexto investigador³¹;

b) sobre el Derecho nacional, lo cual, a diferencia de la anterior incidencia, sí puede tener alguna relevancia para lo que atañe a los aspectos que ahora nos conciernen en el plano de la investigación que nos ocupa. Este último merece por sí solo una mayor atención ya que, aunque en teoría, el TJUE tenga vedadas esas apreciaciones de la normativa nacional, lo cierto es que de hecho las toma como referente para calibrar la configuración y naturaleza de los órganos de reenvío con independencia de su denominación.

6. ESTUDIO DE DETALLE ACERCA DE LOS ASPECTOS RELATIVOS A LA NATURALEZA Y A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL ÓRGANO NACIONAL QUE REMITE EL REENVÍO

Siendo esta la materia sustancial en la que hayamos de centrar nuestra investigación, comenzaremos diciendo que, la noción de jurisdicción a los efectos de la cuestión prejudicial ha interesado, desde lo más ampliamente

DOUE nº C 297/1, de 5 de diciembre de 2009), la cual establece de modo claro y conciso (a la par que exige la misma claridad y concisión a los órganos nacionales) los mínimos en cuanto a hechos, reseñas de Derecho nacional y estado del procedimiento (incluidas las observaciones entre las partes), elementos todos que resultan ser mínimamente requeridos para que las cuestiones prejudiciales recibidas puedan ser contestadas sin conocer rechazo. 31 Son reveladores particularmente con respecto a la antigua CAJI asuntos como los contenidos en las STJUES de 27 de febrero de 2007 Gestoras Pro Amnistía As 354/04 y Segi As 355/04. La doctrina se ocupó en su momento de analizar esta faceta que quedaba al margen de la actividad del TJUE en lo tocante a la cuestión prejudicial, deparado por un estado del Derecho originario ya mayoritariamente superado o derogado. Estas limitaciones fueron cuestionadas desde el momento de su aparición por alguna acreditada doctrina, véase LABAYLE, H. «Un espace de liberté, de sécurité et de justice». *RTDE*, 1997, p. 813-881. La cuestión siguió interesando con posterioridad, como un aspecto de no judicialidad europea abstraído a la cuestión prejudicial que debería solventarse, así véanse BLUMANN C. «Une brèche dans la Communauté de droit – La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 nouveau du Traité CE». En DUBOUIS, L. *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur*. Paris: Dalloz, 2002, p. 13-25; o CHENEVIÈRE C. «L'article 68 CE – Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris». *CDE*, 2004, nº 5-6, p.567-589.

conceptual o teórico, a un significativo elenco doctrinal³²; todos estos autores, pese a su diversidad de enfoques, coinciden generalmente en admitir que, en el TJUE se ha elaborado o fabricado lo que viene a ser su propio concepto independiente o autónomo de jurisdicción. Con tal finalidad, los criterios desarrollados por el TJUE para la confección de su noción de jurisdicción, pertenecen a dos órdenes distintos, producidos en sendas etapas sucesivas. En una primera, encontramos los criterios ligados a la naturaleza misma del órgano o instancia nacional de reenvío; en una segunda etapa, pasan a añadirse criterios de índole o naturaleza funcional, es decir, a la función netamente jurisdiccional (o para excluir aquélla), del órgano remitente. Desarrollaremos ahora, a continuación, ambos componentes, indicando que, en el estado actual de la jurisprudencia, puede sostenerse que todos ellos presentan un carácter cumulativo, de manera que, su no producción determina el rechazo de la cuestión prejudicial.

6.1. Criterio estructural; la noción autónoma de jurisdicción

La jurisprudencia europea cuenta aquí con el primer precedente que se deparó en la ya lejana STJUE de 30 de junio de 1966 Vaassen Göbbels As 61/65, anteriormente citado. Puede destacarse que –como decimos–, ya en tan lejana época, el Juez de Luxemburgo tuvo la oportunidad de declarar que, la noción de «jurisdicción» a los efectos de la modalidad de la cuestión prejudicial, tiene una significación autónoma, propia de la construcción europea, al margen de lo que establezcan las normas jurídico procesales de los Estados miembros. El TJUE optó por una concepción extensiva de la noción de organismo nacional jurisdiccional habilitado para formular el reenvío, de manera que, habrían de ser reconocidos como tales instancias que, desde la pura denominación de los ordenamientos nacionales, no serían tales, por ejemplo, por no estar encuadrados en la planta judicial. En el caso inicial de especie, el reenvío fue articulado por un organismo de los Países Bajos, el *Scheidsgerecht* (literalmente traducido del neerlandés «Corte de arbitraje»), resultando admitido el reenvío con independencia de que se enmarque o no en el poder judicial, en sentido estricto, del Estado miembro y con indiferencia absoluta a su denominación: permanencia, origen en la Ley, jurisdicción obligatoria, procedimiento contradictorio y aplicación de reglas de Derecho, lo que, a renglón seguido, determinó toda una notoria jurisprudencia³³.

32 Sin ser exhaustivos, podemos referir como muestra general a KOVAR, R. «La notion de juridiction en droit européen». En MÉLANGES, Jean. *Waline en l'honneur*. Paris: Dalloz, 2002, pp. 606-628; DARMON, M. «Réflexions sur le recours préjudiciel». *CDE*, 1995, p.577-584; DONNAT, F. y CASAS, D. «Obligations de la juridiction administrative saisie d'une question préjudicielle renvoyée à elle par l'autorité judiciaire», *AJDA*, 2003, p.2028 y ss; DUBOUT E. «Le contentieux de la troisième génération ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire», *RTDE*, 2007, pp. 427-443; o BOITEAU, C. «Recours en appréciation de légalité et pouvoirs du juge administratif», París: Dalloz, 2004, p.1186-1191.

33 Encontrando aquí pronunciamiento como las STJUES del 6 de octubre de 1981 Broeckmeulen As 146/80, Apdos. 9-17, o, más concretamente, las de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult As 54/96 Apdo. 23, y de 21 de marzo de 2000 Gabalfrisa As ac. 110/98 a C-147/98 Apdo. 33, así como el Auto del TJUE de 26 de noviembre de 1999, ANAS As 192/98

No sería sino tardíamente, cuando el TJUE estrecharía el enfoque, relativamente amplio, de su noción de jurisdicción nacional de una primera época, representada por su línea Vaassen-Göbbels. Será, pues, de este modo, como se vino a acumular un sexto criterio, tocante a la independencia del órgano nacional de reenvío, siendo el asunto Corbiau el primero de ellos³⁴. A partir de este nuevo desarrollo jurisprudencial, se exigiría de la instancia nacional de reenvío «que presente una calidad de tercero con relación a la autoridad que adoptase la decisión que hubiese hecho el objeto del recurso»³⁵. El contexto del reenvío acaecía en un asunto sometido al TJUE por el Director de Impuestos Directos y Tasas Especiales de Luxemburgo, en vía que podríamos calificar de económico-administrativa, y que oponía al contribuyente Sr. Corbiau y a la Administración tributaria luxemburguesa. En este referido supuesto concreto, el TJUE entendió que, la instancia proponente del reenvío carecía del citado nuevo carácter de ser tercero en el asunto, dejando la puerta abierta a que, si hubiere lugar, fuese posteriormente el Juez competente para conocer de un eventual recurso contra la decisión de esa autoridad no independiente (diríamos que en vía contencioso-administrativa en el contexto fiscal), el que pudiese plantear el reenvío.

Una vez que fueron seis los criterios que determinaban el carácter de una jurisdicción autónoma, en posteriores desarrollos se comprobó que entre éstos no siempre eran merecedores de un mismo pie de igualdad por parte de la alta jurisdicción comunitaria³⁶. Y en contraposición a lo anterior, la independencia del órgano será si cabe, aún más importante, siquiera para paliar la ausencia del elemento contradictorio³⁷. Lo cierto es que, tres de esos aludidos seis criterios (independencia, carácter contradictorio y aplicación de normas o reglas de Derecho), revisten una importancia apreciable, en la medida en que, resultan ser los empleados, de manera prioritaria por el TJUE, para distinguir una jurisdicción en sentido propio de un órgano administrativo

Apdo. 20.

34 STJUE del 30 de marzo de 1993 Corbiau As 24/92.

35 En tales términos se expresaba en sus Conclusiones el Abogado General Darmon, en el referido caso Corbiau, presentadas el 16 de febrero de 1993, concretamente sus Apdos. 9 y 10, completándose esta línea en pronunciamientos de diversa índole como la STJUE de 27 de abril del 1994 Almelo As 393/92; en ésta se trasladaban dichas exigencias a los órganos de naturaleza judicial que entienden de recursos respecto de anteriores laudos arbitrales. En concreto, leemos en el fallo: «Un órgano jurisdiccional nacional que, en un caso previsto por la Ley, resuelve un recurso interpuesto contra un laudo arbitral, debe ser considerado un órgano jurisdiccional nacional a efectos del artículo 177 del Tratado CEE, incluso en el caso de que, en virtud del convenio arbitral celebrado entre las partes, dicho órgano jurisdiccional deba resolver en calidad de amigable componedor».

36 Véanse como muestras las STJUES Dorsch Consult Apdos. 30-31 o Gabalfrisa Apdo.

37 A este respecto se puede constatar que el elemento del carácter contradictorio está íntimamente ligado a la naturaleza jurisdiccional del órgano de reenvío. En otros términos, si dicha naturaleza se muestra sin dudas, la concurrencia de un presunto defecto en el carácter contradictorio del procedimiento, no constituye un obstáculo dirimente; si por el contrario surgen dudas sobre la naturaleza jurisdiccional del órgano, la autonomía e importancia del carácter contradictorio adquieren o recuperan su habitual trascendencia.

37 Así parece traslucirse de las Conclusiones del Abogado General Darmon, en el asunto Corbiau (Apdos. 7-8).

que responda únicamente a los otros tres criterios restantes.

A mayor exactitud y, concretamente, en lo que concierne al criterio de la jurisdicción, éste parece en realidad desdoblarse, puesto que, el TJUE en asuntos tales como Dorsch Consult y Gabalfrisa se refirió, tanto al carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por el órgano de reenvío, como al carácter obligatorio de la iniciación en sí del procedimiento a nivel nacional³⁸. Constituye, pues, el análisis de estos criterios, el instrumento que permite al TJUE conceder o denegar la cualificación de jurisdicción, en los asuntos más diferentes y de variada temática sometidos a cuestiones prejudiciales interpretativas³⁹.

6.2. Criterio funcional; desempeño de una función auténticamente jurisdiccional

Este criterio funcional apareció por primera vez en el Auto Borker⁴⁰. Habiendo recibido un reenvío interpretativo, por parte del Consejo de la Abogacía francesa adscrito al Tribunal de París, el TJUE, sin siquiera contemplar los seis criterios abordados en el epígrafe anterior, dedujo del entonces vigente art. 177 del TCE (actual 267 del TFUE) la exigencia en función de la cual, la jurisdicción de reenvío debería estar llamada a pronunciarse en el marco de un procedimiento destinado a la emisión de un fallo de carácter jurisdiccional. Al no estar el mencionado Consejo de la Abogacía involucrado en un proceso de esa naturaleza, sino que, bien al contrario, lo estaba en un contexto de litigio iniciado mediante demanda netamente declarativa, el TJUE no sería competente para dar respuesta al reenvío remitido por aquél.

Habiendo empleado este criterio como elemento de rechazo de modo significativo para órganos o entidades con una apariencia o manifestación claramente no jurisdiccional⁴¹, el TJUE lo vino extendiendo, asimismo, a instancias cuya pertenencia o adscripción a lo jurisdiccional no presentaba ninguna duda, pero que habían sido llamados a conocer de procedimientos graciables o declarativos destinados a la homologación de

38 Apdos. 27-29 de la STJUE Dorsch Consult y Apdos. 35-36 de Gabalfrisa.

39 A título de muestra, véase la jurisprudencia concerniente al arbitraje privado: por razón de la constitución debida a la voluntad de las partes y no en virtud de la Ley, amén de por motivo de su carácter no obligatorio, el TJUE les ha denegado el carácter de jurisdicción, a los efectos de la cuestión prejudicial (STJUES de 23 de marzo de 1982 Nordsee As 102/81 Apdos. 11-12, de 1 de junio de 1999 Eco Swiss As 126/97 Apdo. 34, o de 27 de enero de 2005 Denuit y Cordenier As 125/04 Apdo. 15. En contraposición, un tribunal de arbitraje institucionalizado, instituido por la Ley, se considera a todos los efectos una jurisdicción (STJUE de 17 de octubre de 1989 Danfoss As 109/88, Apdos. 7-9). Idénticamente, una jurisdicción de un Estado miembro que se pronuncie mediante una sentencia o pronunciamiento arbitral, podrá equipararse a una jurisdicción a los efectos de la cuestión prejudicial (STJUE Nordsee Apdo. 14), y ello mismo se producirá, también, si debe fallar en equidad o como amigable componedor en aplicación de un convenio preexistente de arbitraje (STJUE Almelo Apdos. 22-23).

40 Auto del TJUE de 18 de junio de 1980 Borker As 138/80 Apdo. 4.

41 Véase además Auto del TJUE Unterweger Apdo. 4; o, también, STJUE de 12 de diciembre de 1996 Diligencias penales contra X As ac. 74/95 y 129/95 Apdo. 18.

un acto constitutivo de una sociedad con vistas a su inscripción en un registro mercantil⁴². Constatando que alguna de dichas jurisdicciones se encaminaba a la emisión de un acto de autoridad administrativa, sin dirimir en un contexto verdaderamente contradictorio ni litigioso, el TJUE se vino declarando incompetente. Por el contrario, una jurisdicción llamada a conocer en vía revisora, frente a la decisión adoptada por un Juez que, previamente, actuó en condición de autoridad administrativa, estará plenamente cualificada para remitir cuestiones prejudiciales a la alta magistratura comunitaria⁴³.

En tal orden de cosas, no basta con que el órgano de reenvío responda a la mera cualificación o condición de jurisdicción. Sobre ello ha de añadirse que, éste sea efectivamente llamado a conocer de un litigio plenamente contradictorio en un sentido jurisdiccional, y no a dirimir sobre un procedimiento de mera índole administrativa⁴⁴. Se deriva, en consecuencia, de esta línea jurisprudencial, todo un examen necesariamente casuístico de las funciones ejercidas por cada jurisdicción de que se trate en el asunto que sea objeto de reenvío⁴⁵, un examen que habrá de fundamentarse en un primer momento del ordenamiento procesal nacional (lo que parece ir en contra de la misma esencial del art. 267 del TFUE) y que, como ya indicábamos anteriormente, se manifiesta en continua fuente de divergencias y desencuentros entre el TJUE y sus Abogados Generales⁴⁶.

7. ANÁLISIS DE DIVERSOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE ACUERDO A LAS TIPOLOGÍAS DE CASOS ENCONTRADAS

Llegados a este punto, tras el análisis operado en los epígrafes precedentes, las tipologías de asuntos que encontraríamos serían los siguientes:

a) Entidades que recibieron contestación a las cuestiones planteadas por parte del TJUE, contasen éstas con nombres similares a los de un órgano

42 STJUES Job Centre Apdos. 9 y 11; de 12 de noviembre de 1998 Victoria Film As 134/97 Apdo. 14; Auto del TJUE ANAS Apdo. 22; STJUE de 14 de junio de 2001 Salzmann As 178/99 Apdos. 14-15; Auto del TJUE de 10 de julio de 2001 HSB-WohnBau As 86/00 Apdos. 12-13; STJUE de 15 de enero de 2002 Lutz As 182/00, Apdos. 13-14; STJUE de 27 de abril de 2006 Standesamt Stadt Niebüll As 96/04 Apdos. 13-14; Auto del TJUE de 12 de enero de 2010 Amiraiké As 497/08 Apdo. 17.

43 STJUE Job Centre Apdo. 11. A título de ejemplo, se puede volver a citar la SJTUE Salzmann, que determinó un segundo pronunciamiento en la STJUE de 15 de mayo de 2003 Salzmann II As 300/01, en el cual la jurisdicción nacional llamada a conocer del asunto planteó las mismas cuestiones a aquellas que el TJUE declinó responder en el caso Salzmann I, conociendo una nueva negativa a responder por parte del TJUE y unas más que vagas imprecisiones en el resto de las cuestiones, que dejaban la práctica totalidad de la cuestión a la sola apreciación del órgano nacional.

44 Estas dos componentes resultan ser por lo tanto conjuntas o cumulativas en su apreciación, Véase en este sentido Auto del TJUE Amiraiké, precitado, Apdo. 17.

45 En efecto, el TJUE puntualiza que es en las circunstancias del presente asunto como se constata que el órgano de reenvío no ejerce una función auténticamente jurisdiccional. Véase Auto del TJUE ANAS Apdo. 24; STJUE Salzmann I Apdo. 17; Auto del TJUE HSB- Wohnbau, precitado, Apdo. 61; STJUE Niebüll, precitada, Apdo. 21.

46 Lo que se aprecia significativamente en las precitadas STJUES Victoria Films y Niebüll.

jurisdiccional, o bien carentes de ellos. En el caso de los primeros, son muy variadas las denominaciones cercanas al término «Tribunal» o similares en los diversos idiomas que pueden hallarse, y se distinguen diversos tipos de pronunciamientos: en un primer grupo de ellos, o bien no se produce examen alguno sobre la admisibilidad⁴⁷, o dicho examen es muy parcial y limitado a una pregunta en concreto⁴⁸; en otras muestras la admisibilidad se calibra respecto al sentido comunitario o no de las cuestiones en juego⁴⁹; y lo más interesante, ejemplos donde se opera por parte del Juez de Luxemburgo un amplio análisis sobre la configuración en sí de la instancia nacional de reenvío como base para la admisibilidad; estos casos merecerán un estudio importante en el contexto de nuestra investigación⁵⁰. Debe además resaltarse que existe un ejemplo aislado en el que esta conformación de aceptación de reenvío se dio en un supuesto de apreciación de validez⁵¹. Por lo que concierne a las entidades con denominaciones claramente no pertenecientes al orden judicial con reenvíos aceptados, dichos vocablos o acepciones con los que se presentan ante el Tribunal de Justicia son significativamente variadas. Encontramos así las respuestas remitidas desde los Consejos Estado de diversos Estados miembros⁵², así como preguntas enviadas desde

47 STJUE de 21 de febrero de 2006 Halifax As 255/02 (VAT and Duties Tribunal, London).

48 STJUE de 6 de octubre de 2015 Consorci Sanitari Maresme As 203/14 (Tribunal Català de Contractes del Sector Públic), donde apreciamos en sus Apdos. 45 a 48 unos rasgos de falta de vinculación concreta al interés jurídico-comunitario de la pregunta planteada que lleva a su inadmisión.

49 STJUE de 16 de julio de 1992 AEB As 67/91 (Tribunal de Defensa de la Competencia de España), donde se analiza la admisibilidad de las cuestiones con arreglo al protagonismo que los derechos de la competencia europeo y nacional tienen respectivamente para el asunto en causa, acordándose al final la pertinencia de las cuestiones (Apdos. 10 y ss.).

50 Además de la STJUE de 30 de junio de 1966 Vaasen-Göbbels As 61/65, precitada (que afectaba a una «Corté de arbitraje» o Scheids-gerecht), encontramos; STJUE de 21 de marzo de 2000 Gabalfrisa As ac. 110/98 a 147/98, ya mencionada (Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña); STJUE de 21 de noviembre de 2001 De Coster As 17/00 (Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale); STJUE de 19 de septiembre de 2006 Wilson As 506/04 (Cour administrative de Luxemburgo); STJUE de 12 de junio de 2014 Beiras As 377/13 (Tribunal Arbitral Tributário).

51 STJUE de 11 de noviembre de 1997 Eurotunnel As 408/95, precitada (Tribunal de commerce de Paris). En el asunto determinadas partes cuestionan de que las cuestiones, esta vez de validez revisten un «carácter artificial y que las cuestiones planteadas no son pertinentes para la solución del litigio principal.

52 STJUE de 23 de diciembre de 2009 CoNISMa As 305/08, STJUE de 18 de diciembre de 2014 Data Medical As 568/13 o STJUE de 19 de diciembre de 2012 Università del Salento As 159/11 (Consiglio di Stato o Consejo de Estado italiano); STJUE de 12 de marzo de 2014 Immigratie As 456/12 (Raad van State o Consejo de Estado neerlandés); STJUE de 18 de octubre de 2011 Boxus As ac. 128/09 a 131/09 a 134/09 y 135/05 (Conseil d'État o Consejo de Estado belga); STJUE de 16 de diciembre de 2008 Michaniki As 203/07 (Symvoulío tis Epikrateías o Consejo de Estado griego). En la totalidad de estos asuntos las objeciones de inadmisibilidad tienen que ver sobre la naturaleza europea o no del litigio, pero en absoluto con que el órgano esté impedido para realizar cuestiones prejudiciales. La resulta es pues la admisibilidad de las cuestiones. A tal respecto leemos por ejemplo en el Apdo. 34 de la STJUE Michaniki: «La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal

los Consejos Generales de la Abogacía⁵³. Figurarían igualmente respuestas afirmativas a las cuestiones suscitadas por organismos encargados de discernir en controversias habidas en contextos de contratos públicos, sólo que desprovistos de la denominación de Tribunal⁵⁴. Idéntico sentido positivo habrían conocido, tras el correspondiente examen, otros organismos a los que se reconoce su papel dirimente en fase administrativa en los ámbitos más variados como son el rural, medioambiental, o universitario⁵⁵, que también

de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas» (efectivamente se homologa el Consejo de Estado a una jurisdicción). Asimismo, es revelador el Apdo. 21 de la STJUE Boxus «En este caso, y contrariamente a lo que afirma el Gobierno belga, el marco fáctico y normativo, tal como se expone en las resoluciones de remisión, aporta la motivación que lleva al órgano jurisdiccional remitente a interrogar al Tribunal de Justicia, así como los datos que permiten a los Gobiernos de los Estados miembros y a las demás partes interesadas presentar observaciones con arreglo al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, y a éste dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente».

53 STJUE de 30 de noviembre de 1995 Gebhard As 55/94; o STJUE de 17 de julio de 2014 Torresi As ac. 58/13 y 59/13 (Consiglio Nazionale Forense o Consejo General de la Abogacía). Es en los Apdos. 31 a 33 donde se abordan los aspectos de admisibilidad de las cuestiones en los términos de que la llamada doctrina del acto claro es apreciación moderada del órgano jurisdiccional, y no un reproche que las partes puedan dirigir al Juez nacional para cohibirle a la hora de presentar una cuestión prejudicial si lo estima oportuno.

54 STJUE de 17 de septiembre de 1997 Dorsch Consult As 54/96, precitado (Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes o Comité Federal para el Control de Adquisiciones); STJUE de 4 de febrero de 1999 Köllensperger As 103/97 (Landesvergabeamt u Oficina de Adquisiciones); o STJUE de 18 de septiembre de 2014 Bundesdruckerei As 549/13 (Vergabekammer bei der Bezirksregierung o Cámara de Adquisiciones del Gobierno de Distrito). En ellas se pasan a analizar las condiciones que presentan dichas instancias a los efectos de ser órganos jurisdiccionales, siendo el balance favorable para todas ellas. Se admite que tales órganos, aunque puedan intervenir en procedimientos no necesariamente contradictorios, lo importante es que puedan estar obligadas «a aplicar las disposiciones relativas a la adjudicación de los contratos públicos, tal como están contenidas en las Directivas comunitarias y en los reglamentos de adaptación de los Derechos nacionales a dichas Directivas». Aparte en sus normas de funcionamiento «se mencionan determinadas exigencias procedimentales generales, como la obligación de oír a las partes, de pronunciarse por mayoría absoluta de los votos y de motivar las resoluciones» (Apdo. 33 STJUE Dorsch Consult).

55 STJUE de 22 de octubre de 1998 Jokela As ac. 9/97 y 118/97 (maaseutuelinkeinojen valituslautakunta o sala de recurso de industrias rurales); STJUE de 10 de diciembre de 2009 Umweltsenat Kärnten As 205/08 (Umweltsenat o Senado para el Medio Ambiente); STJUE de 6 de julio de 2000 Abrahamsson As 407/98 (Överklagandenämnden för Högskolan o Sala de Recursos de la Universidad). En el primero de dichos fallos leemos a favor de su carácter jurisdiccional (Apdos. 22 y 23). El organismo nacional «se pronuncia conforme a Derecho, con arreglo a las disposiciones aplicables y según las normas procesales generales. En determinadas circunstancias puede interponerse un recurso contra sus decisiones ante el Tribunal Supremo del país». En el asunto Abrahamsson (Apdos. 31 y 32) se resalta que el órgano nacional tiene carácter permanente y establecido por la Ley. En cuanto a su funcionamiento: «una comisión de recursos particular examina los recursos contra determinadas resoluciones adoptadas en materia de enseñanza superior (...) Entre los ocho miembros (de dicho organismo), el presidente y el vicepresidente deben ser o deben haber sido jueces titulares. Entre los otros miembros, al menos tres deben ser juristas. La totalidad de los miembros son nombrados por el Gobierno (... Dicho organismo) examina de forma autónoma los recursos interpuestos contra las resoluciones de contratación de la Universidad y de las Escuelas Superiores».

conocieron validación positiva por parte del Tribunal. Por otro lado, otros organismos que resuelven litigios fiscales en fase administrativa previa, pero ayunos de una denominación que recuerde a los Tribunales habrían visto sus preguntas admitidas, si bien al margen de toda indagación o cuestionamiento de su pertinencia por parte de la Alta Magistratura europea⁵⁶.

b) Entidades con nombres cercanos a una denominación judicial con rechazo a sus reenvíos. Se trata a lo sumo de un par de asuntos, concernientes a sendos Tribunales de Cuentas en Italia y Grecia⁵⁷.

c) Finalmente entramos en aquellos casos que el TJUE declinó contestar al reenvío, por lo que entraríamos aquí en la categoría a la que propiamente pertenece el asunto. Pero deberemos diferenciar entre algún ejemplo aislado protagonizado por algún órgano propiamente judicial que sorprendentemente ha conocido rechazo a sus cuestiones⁵⁸, como el que aquí nos interesa, en donde los órganos remitentes son instancias manifiestamente ajenas a la planta jurisdiccional⁵⁹.

8. LAS CAUSAS DENEGATORIAS DEL REENVÍO CONTENIDAS EN LA SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2020 A EXAMEN

La sentencia que ahora nos ocupa entra pues plenamente en la categorización de ejemplos en donde se procede al análisis consistente en ver si la instancia nacional remitente corresponde «al concepto de «órgano jurisdiccional nacional» en el sentido del artículo 267 TFUE». lo cual reserva exclusivamente a «una autoridad que tenga la calidad de tercero en relación con la que adoptó la decisión que constituye el objeto del recurso». Y si bien se citan varios de los casos precedentes como base a la denegación, debe constatarse que el fallo cuenta con una entidad propia. En efecto, se indica que presidente de la CNMC preside el Consejo de la CNMC, quien adopta las resoluciones en nombre de la CNMC⁶⁰. Es en calidad de tal como «ejerce las

56 STJUE de 13 de marzo de 2014 SICES As 155/13 (Commissione tributaria regionale o Comisión Tributaria regional).

57 Auto del TJUE de 26 de noviembre de 1999 ANAS As 192/98, precitado (Corte dei Conti o Tribunal de Cuentas italiano); STJUE de 19 de diciembre de 2012 Epiropos As 363/11 (Elegktiko Synedrio o Tribunal de Cuentas griego).

58 Tal es el caso de Auto del TJUE de 26 de abril de 1993 Monin As 386/92, Auto del TJUE de 7 de abril de 1995 Grau Gomis As 167/94, y la STJUE de 16 de febrero de 2017 Margarit Panicello As 503/15, pronunciamientos todos ellos precitados.

59 Además del Auto del TJUE de 18 de junio de 1980 Borker As 138/80, precitado, pueden referirse: Auto del TJUE de 5 de marzo de 1986 Unterweger As 318/85, precitado; STJUE de 30 de marzo de 1993 Corbiau As 24/92, precitada; STJUE de 12 de noviembre de 1998 Victoria Film As 134/97, precitada; STJUE de 30 de mayo de 2002 Schmid As 516/99; STJUE de 31 de mayo de 2005 Syfait As 53/03, precitada; STJUE de 22 de diciembre de 2010 RTL Belgium As 517/09; STJUE de 14 de junio de 2011 Miles As 196/09; STJUE de 31 de enero de 2013 Belov As 394/11; Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013 MF 7 As 49/13, precitado; STJUE de 9 de octubre de 2014 TDC As 222/13. Aquí en este conjunto de casos se encuadraría la sentencia de 30 de septiembre de 2020 CNMC As 462/19. Cita como veremos alguno de estos casos, así como a algún otro ejemplo protagonizado por una entidad con nombre asimilado a una jurisdicción que sin embargo conoció acogimiento favorable a las cuestiones planteadas (STJUE de 19 de septiembre de 2006 Wilson, precitada).

60 Apos. 37, 38 y 40.

funciones de jefatura del personal de la CNMC y dirige, coordina, evalúa y supervisa todas las unidades de ésta», entre las que se encuentra la Dirección de Competencia, autora a su vez de la propuesta de resolución que acabó dando lugar a la presente petición de decisión prejudicial. Por tanto, el Consejo de la CNMC, en cuanto autora del reenvío, guardaría una relación funcional con la Dirección de Competencia, de la que a su vez procederían las propuestas de resolución sobre las que debe pronunciarse (entre ellas, la de formular la cuestión prejudicial). La CNMC estaría por tanto ligada al Consejo en clave de lo que el TJUE equipara a «una relación orgánica y funcional»; ello impediría jurisdiccionalmente a la CNMC contar con «la calidad de «tercero» con respecto a la autoridad que adopta la resolución que puede ser objeto de recurso ni, por tanto, ser calificada como «órgano jurisdiccional nacional» en el sentido del artículo 267 TFUE»⁶¹. Y al final del fallo el TJUE establece las diferencias de régimen de la actual CNMC con relación al antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia regulado con la anterior legislación española en la materia. Éste sí que habría sido tenido por órgano jurisdiccional «al ser distinto del órgano de instrucción en materia de competencia, la Dirección General de Defensa de la Competencia», cosa que ahora no sucedería en las relaciones orgánicas con respecto a las que se configura la CNMC⁶².

El otro elemento de disgusto expresado por el TJUE a la hora de denegar la pertinencia del reenvío es el carácter administrativo, que no jurisdiccional de la CNMC, al menos por cuatro condicionamientos diferentes que afectan al organismo remitente de las cuestiones prejudiciales, concretamente⁶³:

1) Que actúa de oficio o puede hacerlo, aspecto desde luego por sí mismo muy discutible por sí solo para denegar el carácter jurisdiccional⁶⁴;

2) Que se halla obligada a trabajar en estrecha colaboración con la Comisión Europea y puede verse privada de sus atribuciones en favor de la última⁶⁵.

61 Aquí se usaría como referente para descartar el reenvío el precedente de la STJUE Syfait, precitada, aunque los términos en este pronunciamiento son mucho más desdeñosos con respecto al organismo nacional. En ella leemos que organismo remitente, denominado Epitropi Antagonismou (Comisión de Competencia) «se halla bajo la tutela del Ministro del Desarrollo» y que «una tutela de esta índole implica que el citado Ministro se halla facultado, dentro de ciertos límites, para controlar la legalidad de sus resoluciones». Un sistema como el descrito «no parece tener entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las intervenciones o presiones indebidas por parte del poder ejecutivo sobre los miembros del Epitropi Antagonismou» (Apdos. 30 y 31).

62 Se menciona la SJTUE AEB de 1992, precitada.

63 Apdos. 45 a 49.

64 Aquí la referencia viene deparada por el Auto del TJUE MF 7 de 2013, precitado, Apdo. 18, que refleja esta condición de iniciación de oficio como elemento excluyente del matiz jurisdiccional.

65 Ello sería por aplicación del art. 11.6 del Reglamento 1/2003, y aquí se vuelve a citar la STJUE Syfait en su Apdos. 34 y 35, estimando que esa capacidad de retirada de funciones es incompatible con una resolución jurisdiccional. Se opera asimismo mención a la SJTUE Victoria Film de 1998 precitada, y de 30 de noviembre de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, As195/98. Concretamente en la primera la denegación de la cuestión

3) Que la expiración del plazo que tiene conferido para actuar «da lugar a la caducidad del procedimiento, con independencia de la voluntad de las partes interesadas en el procedimiento y, en particular, de los posibles denunciante».

4) Que «cuando se interpone un recurso ante los tribunales de lo contencioso-administrativo contra una resolución adoptada por la CNMC, ésta puede allanarse (...) siempre y cuando esté de acuerdo la parte que interpuso recurso contra la resolución de la CNMC ante los tribunales competentes».

5) Que la resolución de la CNMC que pone fin al procedimiento es una resolución de carácter administrativo que, aun siendo firme e inmediatamente ejecutiva, no goza de los atributos de una resolución judicial, especialmente de la fuerza de cosa juzgada⁶⁶

CONCLUSIONES

En la siempre compleja realidad en que se inserta la cuestión prejudicial, los aspectos relativos a su inadmisibilidad o incompetencia del Tribunal para entender de las mismas (que ni en ello hay uniformidad de contextos) constituyen un entorno con la suficiente entidad científica e interés doctrinal. Desde esta óptica la sentencia de septiembre de 2020 relativa a la CMNC objeto de análisis no constituye ninguna excepción, si bien se advierten en algunos de sus pasajes, sobre todos los relativos a su labor como propiamente administrativa, que no jurisdiccional. Efectivamente, algunos de factores que el Tribunal europeo maneja para la inadmisión, son cuanto menos discutibles; entre ellos destacaría la eventual labor de oficio desempeñada por el órgano nacional remitente como argumento para apartar el sentido jurisdiccional, o el recurso a contextos o situaciones tanto normativas como de naturaleza de los órganos involucrados, para los cuales la semejanza con la CNMC actual entendemos que es nula o a lo sumo demasiado remota. Mucho menos

se produjo al entender que era incompatible una función jurisdiccional del órgano remitente por cuanto éste «no tiene la misión de controlar la legalidad de las decisiones de dichas autoridades, sino más bien la de adoptar postura, por primera vez, en cuanto a la imposición de una operación particular».

66 Se invoca la STJUE Margarit Panicello de 2017 (Apdo. 34), precitada, que corresponde a un caso tremendamente atípico. Aquí el Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa transmitía ciertas cuestiones prejudiciales en las que planteaba dudas sobre la aplicación de Directivas sobre derechos de los consumidores en materia de honorarios profesionales, que se vieron privadas de respuesta, al estimar que el tratamiento procesal sobre jura de cuentas y eventual impugnación de honorarios profesionales de conformidad a la Ley de Enjuiciamiento Civil «se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional. En efecto, por una parte, la incoación del procedimiento de jura de cuentas no da lugar a que, por causa de litispendencia, pueda impedirse que un tribunal ordinario sustancie autónomamente un proceso declarativo o un procedimiento monitorio, ni tampoco constituye una causa de inadmisibilidad de los motivos que pudieran formularse, simultánea o sucesivamente, ante tal tribunal ordinario, y, por otra parte, el decreto por el que se pone fin al expediente de jura de cuentas es similar a una resolución de carácter administrativo, puesto que tal decreto, aun siendo firme e inmediatamente ejecutivo, sin que se admita contra él ningún recurso, no goza de los atributos de una resolución judicial».

discutibles son las argumentaciones de la primera parte de la sentencia, esto es, las relativas a la estructura interna de la propia CNMC y su dependencia subordinada a la labor de la Comisión Europea en aplicación de la normativa comunitaria (sobre todo en relación al antiguo Tribunal de la Competencia); pero estas luces o certezas no ocultan el carácter artificiosamente traído de otras jurisprudencias denegatorias de cuestiones prejudiciales a cargo de instancias claramente desprovistas de denominaciones «pseudo-» o «para-jurisdiccionales». Un poco de más pedagogía con respecto de los ejemplos jurisprudenciales en los que sí ha habido admisión de cuestiones prejudiciales hubiera sido deseable, lo cual como contrapunto todo sea dicho, y siempre con el mayor respeto que profesamos a la labor de la Alta Magistratura de la Unión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADALID, Sebastian. *Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union - Le renvoi préjudiciel et la diversité du rôle des juridictions suprêmes*. RTDeur, Dalloz, 2015.

ALEXANDER, Willy. *La recevabilité des renvois préjudiciels dans la perspective de la réforme institutionnelle de 1996*. CDE, 1995.

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. “El sistema jurisdiccional de la Unión Europea”. En: *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed. Madrid: Colex, 2012.

BARAV, Ami. *Imbroglia préjudiciel – À propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire Foglia C. Novello*, RTDE, 1982.

BARAV, Ami. “Une anomalie préjudicielle”. En: *Mélanges en hommage à Guy Isaac – 50 ans du droit communautaire*. Toulouse: Presses universitaires des sciences, 2004.

BARNARD, Catherine; SHARPSTON, Eleanor. *The changing face of article 177 references*. CMLR, 1997.

BLUMANN, Claude; DUBOUIS, Louis. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. 5ª ed. Paris, LexisNexis, 2019.

BLUMANN, Claude. “Une brèche dans la Communauté de droit – La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 nouveau du Traité CE”, en *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de L. DUBOUIS*, Paris: Dalloz, 2002.

BOITEAU, Claudie. *Recours en appréciation de légalité et pouvoirs du juge administratif*. Paris: Dalloz, 2004.

CADENAS, Cortina C. *Análisis de las cuestiones prejudiciales presentadas por España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares, 1994.

CHENEVIÈRE, C. “L’article 68 CE – Rapide survol d’un renvoi préjudiciel mal compris”. *CDE*, 2004, nº 5-6.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. “Le relevé d’office par la juridiction communautaire”. *CDE*, 2005, nº 3-4.

CHEVALLIER, Roger Michel; MAIDANI, Dominique. *Guide pratique de l’article 177 CEE*. Luxembourg: OPOCE, 1982.

CIENFUEGOS MATEO, Manuel. “Los efectos jurídicos de las sentencias prejudiciales interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y su aplicación judicial en los Estados miembros”[Tesis de doctorado]. Facultad de Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1995.

DARMON, Marc. “Réflexions sur le recours préjudiciel”. *CDE*, 1995.

DONNAT, F.; CASAS, D. “Obligations de la juridiction administrative saisie d’une question pré-judicielle renvoyée à elle par l’autorité judiciaire”. *AJDA*, 2003.

DUBOUT, Edouard. “Le contentieux de la troisième génération ou l’incomplétude du système juri-dictionnel communautaire”. *RTDE*, 2007, p. 427-443.

GARCIA LAJARA, Enrique Collado. “El Juez Comunitario Español”. *Revista de Estudios e Investigación de las Comunidades Europeas* (REICE), 1990.

GARCIA-VALDECASAS DORREGO, María José. “Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE”. *Colección Claves Prácticas*, Barcelona: Ed. Lefebvre, 2019

GROSS, Norbert. “Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes – contraintes, hésitations et refus”. En: *Mélanges en l’honneur de J. Charpentier, La France, l’Europe et le Monde*. Paris: Pedone, 2009.

HATZOPOULOS, Vassilis. “De l’arrêt Foglia Novello à l’arrêt TWD Textilwerke – La jurisprudence de la Cour de Justice relative à la recevabilité des renvois préjudiciels”. *RMUE*, 1994, nº 3.

KOVAR, Robert. “L’évolution de l’article 177 du traité CE”. En: G. VANDERSANDEN (Coord.) *La réforme du système juridictionnel communautaire*. Editions de l’Université de Bruxelles, 1994.

KOVAR, Robert. “La notion de juridiction en droit européen”. En: *Mélanges en l’honneur de Jean Waline*, Paris: Dalloz, 2002.

LABAYLE, Henri. “Un espace de liberté, de sécurité et de justice”. *RTDE*, 1997.

MARCIALI, Sébastien. *La flexibilité du droit de l'Union européenne*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado Constitucional". En: *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2007.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa". En: MOLINA DEL POZO, Carlos; PIZZOLO, Calógero (Eds.), *La Administración de Justicia y la Unión Europea y el Mercosur: un análisis para su fortalecimiento*. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: procedimiento y recursos*. Pamplona: Aranzadi, 2020.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Procedimiento y recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*. Madrid: Edersa, 1987.

MORCILLO MORENO, Juana. El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?. Madrid, *Revista de Administración Pública*, nº2011.

NAÔMÉ, Caroline. *Le renvoi préjudiciel en droit européen: Guide pratique (LSB. JLMB OPUS)* (French Edition). 2ª ed. París: Larcier, 2010 .

OLIVER, P. "La recevabilité des questions préjudicielles: la jurisprudence des années 1990", *CDE*, 2001, nº 1-2.

MONJAL, Pierre-Yves, "La nouvelle donne du renvoi préjudiciel: entre coopération et sanction", *Petites Affiches*, 1996, nº 94.

PASTOR LÓPEZ, Miguel. "El incidente prejudicial del Derecho Comunitario Europeo". *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1985.

PASTOR LÓPEZ, Miguel. El incidente prejudicial del Derecho Comunitario Europeo. Madrid: *Revista de Administración Pública, España: Gaceta Jurídica de la CEE*, 1985.

PASTOR LÓPEZ, Miguel. *La obligatoriedad o el carácter facultativo de la cuestión prejudicial del Derecho Comunitario Europeo*. Noticias de la Unión Europea ,1987.

PESCATORE, Pierre. *Études de droit communautaire européen 1962-2007 : avec une liste biblio-graphique complémentaire*. Bruxelles: Bruylant, 2008.

PESCATORE, Pierre. *Le droit de l'intégration: emergencia de un phénomène nouveau en las relaciones internacionales selon l'expérience des Communautés européennes*. Bruxelles: Bruylant, 2005.

PFFEIFERT, Olivier; THOMAS, Sebastien. *Droit matériel des aides d'Etat*, Bruselas: Bruylant, 2019.

PICOD, Fabrice. "Le développement de la juridictionnalisation". En: RIDEAU, Joël (Coord.) *De la Communauté de droit à l'Union de droit*. Paris: LGDJ, 2000.

PUERTA DOMINGUEZ, Enrique Manuel. *La directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho*. Granada: Comares, 1999.

RIDEAU, Joël y PICOD, Fabrice. *Code des procédures juridictionnelles de l'Union Européenne*. Paris: Litec, 2002.

SOCA TORRES, Isaac. *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*. Barcelona: José M^a Bosch Editor, 2016.

TRAYTER JIMENEZ, Juan Manuel. "Novedades en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado italianos, acerca de la utilización de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 177 CEE. Su influencia sobre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo". Nº 102. *Noticias de la Unión Europea*, 1993, nº 102, p. 21-30.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *G. Vaassen-Göbbels v Management of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, Asunto 61/65. 30 de junio de 1966.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Lothar Mattheus v Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost eG*, Asunto 93/78. 22 de noviembre de 1978.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Pasquale Foglia v Mariella Novello*, Asunto 104/79. 11 de marzo de 1980.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Jules Borker*. Asunto 138/80. 18 de junio de 1980.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Maria Salonia v Giorgio Poidomani and Franca Baglieri, née Giglio*, Asunto 126/80. 16 de junio de 1981.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Pasquale Foglia v Mariella Novello*, Asunto 244/80. 16 de diciembre de 1981.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Asunto 102/81. 23 de marzo de 1982.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Criminal proceedings against Regina Greis Unterweger*, Asunto 318/85. 5 de marzo de 1986.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss, Asunto 109/88*. 17 de octubre de 1989.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Falciola Angelo v Comune di Pavia Asunto 286/88*. 26 de enero de 1990.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Manuel José Lourenço Dias v Director da Alfândega do Porto, Asunto 343/90*. 16 de julio 1992.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Wienand Meilicke v ADV/ ORGA F. A. Meyer AG, Asunto 83/91*. 16 de julio 1992.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Dirección General de Defensa de la Competencia v Asociación Española de Banca Privada and others, Asunto 67/91*. 16 de julio de 1992.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Telemarsicabruzzo SpA and Others v Circostel, Ministero delle Poste e Telecomunicazioni and Ministero della Difesa, Asuntos 320 a 322/90*. 26 de enero de 1993.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Pierre Corbiau v Administration des contributions, Asunto 24/92*. 30 de marzo de 1993.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Monin Automobiles-Maison du Deux Roues, Asunto 386/92*. 16 de abril de 1993.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Nicole Vaneetveld v Le Foyer SA and Le Foyer SA v Fédération des Mutualités Socialistes et Syndicales de la Province de Liège, Asunto 346/93*. 3 de marzo de 1994.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH v Bundesrepublik Deutschland, Asunto 188/92*. 9 de marzo de 1994.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij, Asunto 393/92*. 27 de abril de 1994.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Criminal proceedings against Juan Carlos Grau Gomis and others, Asunto 167/94*. 7 de abril de 1995.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Asunto 55/94*. 30 de noviembre de 1995.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Criminal proceedings against X, Asunto 74/95*. 12 de diciembre de 1996.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, Asunto 54/96*. 17 de septiembre de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Eurotunnel SA and Others v SeaFrance, Asunto 405/95*. 11 de noviembre de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Raija-Liisa Jokela and Laura Pitkäranta., Asunto 9/97*. 22 de octubre de 1998.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Victoria Film A/S, Asunto 134/97*. 12 de noviembre de 1998..

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG and Atzwanger AG v Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz, Asunto 103/97*. 4 de febrero de 1999.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, Asunto 126/97*. 1 de junio de 1999.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS), Asunto 192/98*. 26 de noviembre de 1999.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Gabalfrisa SL and Others v Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), Asunto 110/98*. 21 de marzo de 2000.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Katarina Abrahamsson and Leif Ander-son v Elisabet Fogelqvist, Asunto 407/98*. 6 de julio de 2000.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Doris Salzmann, Asunto 178/99*. 14 de junio de 2001.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *HSB-Wohnbau GmbH, Asunto 86/00*. 10 de julio de 2001.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Lutz GmbH and Others, Asunto 182/00*. 15 de enero de 2002.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Walter Schmid, Asunto 516/99*. 30 de mayo de 2002.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Guy Denuit and Betty Cordenier v Transorient - Mosaique Voyages et Culture SA, Asunto 125/04*. 25 de enero de 2005.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE, Asunto 53/03*. 31 de mayo de 2005.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise, Asunto 255/02*. 21 de febrero de 2006.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Graham J. Wilson v Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, Asunto 506/04*. 19 de septiembre de 2006.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Standesamt Stadt Niebüll*, Asunto 96/04. 27 de abril de 2007.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Gestoras Pro Amnistía, Juan Mari Olano Olano and Julen Zelarain Errasti v Council of the European Union*, Asunto 354/04P. 27 de febrero de 2007.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Hellenic Republic v Commission of the European Communities*, Asunto 203/07. 6 de noviembre de 2008.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Umweltanwalt von Kärnten v Kärntner Landesregierung*, Asunto 205/08. 10 de diciembre de 2009.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Conorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v Regione Marche*, Asunto 305/08. 23 de diciembre de 2009.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Amiraike Berlin GmbH*, Asunto 497/08. 12 de enero de 2010.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *RTL Belgium SA*. Asunto 517/09. 22 de diciembre de 2010.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Antoine Boxus y Willy Roua (C-128/09), Guido Durllet y otros (C-129/09), Paul Fastrez y Henriette Fastrez (C-130/09), Philippe Daras (C-131/09), Association des riverains et habitants des communes proches de l'aéroport BSCA (Brussels South Charleroi Airport) (ARACH) (C-134/09 y C-135/09), Bernard Page (C-134/09) y Léon L'Hoir y Nadine Dartois (C-135/09) contra Région wallonne*. Asuntos 128/09 a 131/09, C-134/09 y C-135/09. 18 de octubre de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Paul Miles y otros contra Écoles européennes*, Asunto 196/09. 14 de junio de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Azienda Sanitaria Locale di Lecce and Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, Asunto 159/11. 19 de diciembre de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Epitropos tou Elegktikou Sinedriou sto Ipourgio Politismou kai Tourismou v Ipourgio Politismou kai Tourismou – Ipiresia Dimosionomikou Elenchou*, Asunto 363/11. 19 de diciembre de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Valeri Hariev Belov v CHEZ Elektro Bulgaria AD y otros*, Asunto 394/11. 31 de enero de 2013.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *MF 7 a.s. v MAFRA a.s.*, Asunto 49/13. 14 de noviembre de 2013.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *O. v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel and Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel v B*. Asunto 456/12. 12 de marzo de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Società Italiana Commercio e Servizi srl (SICES) and Others v Agenzia Dogane Ufficio delle Dogane di Venezia*, Asunto 155/13. 13 de marzo de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Es-tradas das Beiras Litoral e Alta SA v Autoridade Tributária e Aduaneira*, Asunto 377/13. 12 de junio de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Angelo Alberto Torresi and Pierfrancesco Torresi v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, Asuntos 58/13 y 59/13. 17 de julio de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Bundesdruckerei GmbH v Stadt Dortmund*, Asunto 549/13. 18 de septiembre de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *TDC A/S v Erhvervsstyrelsen*, Asunto 222/13. 9 de octubre de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v Data Medical Service srl*, Asunto 568/13. 18 de diciembre de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Consorti Sanitari del Maresme v Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, Asunto 203/14. 6 de octubre de 2015.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Ramón Margarit Panicello v Pilar Hernández Martínez*, Asunto 503/15. 16 de febrero de 2017.

VAN RAEPENBUSCH, Sean. *Droit institutionnel de l'Union Européene*. Bruselas: Larcier, 2016.

VANDERSANDEN, Georges. "La procédure préjudicielle: À la recherche d'une identité perdue". En: M. DONY (Coord.) *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruselas: Bruylant, vol I, 1999.



The inadmissibility of preliminary ruling sent by national administrative bodies (regarding the judgment of the court of justice of the European Union of September 16, 2020, *Anesco and others v / National Commission of Markets and Competition*, relapse into the matter 462/19)

Abstract: Element of flexibility as well as controversial, assessments made by the EU Court of Justice regarding preliminary rulings referred to it constitute an expression of distinctive judicial independence. Such positions have led in some cases to a refusal to answer the doubts submitted from national administrative departments. Faced with such disturbing examples, this study proposes a scientific methodology for a better understanding, by taking into account one of the most recently produced, which precisely affects a Spanish administrative body.

Keywords: Preliminary ruling, inadmissability, administrative bodies, national.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Alcalá de Henares.

Enrique Manuel Puerta Domínguez. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado y de la UE, C.E.U. Cardenal Espínola, España); Profesor Asociado al Departamento de Derecho Público y del Trabajo, Universidad de Huelva (España).

Creación de zona virtual como vía de transmisión de rogatorias regionales

Criação de uma zona virtual como via de transmissão de rogatórias regionais

Liliana Etel Rapallini* 

Resumen: El proceso electrónico es hoy día una de las tantas manifestaciones del grandioso aporte de la tecnología hacia otras ciencias. El Derecho Internacional Privado en su faz práctica ofrece un trato específico y, por cierto, de frecuente complejidad. El área de mayor difusión y conectividad se detecta en la cooperación judicial de amplio espectro internacional y regional. El tedioso tránsito del soporte papel aún el aporte de las Autoridades Centrales operando como vehículo de control y transmisión, no deja de ser obsoleto frente a la mecánica digital confiable. Pese a ello la transmisión electrónica de rogatorias internacionales o bien regionales ha crecido en virtud de las buenas prácticas basadas en la reciprocidad, pero requiere consolidarse a través de acuerdos y de plataformas seguras y eficaces. La finalidad del presente trabajo consiste en analizar la viabilidad de creación de una zona virtual que facilite la transmisión de exhortos a través de una plataforma segura y eficaz. Arribar a un instrumento regional sobre la cuestión traída puede conducir a plantear si lo propicio es trabajar la idea como “hard law” o como “soft law”.

Resumo: O processo eletrônico é hoje uma das muitas manifestações da grande contribuição da tecnologia para outras ciências. O Direito Internacional Privado em sua face prática oferece um tratamento específico e, pela via, de sua complexidade frequente. A área de maior disseminação e conectividade é detectada na cooperação judiciária com amplo espectro internacional e regional. O trânsito tedioso de suporte de papel, mesmo a contribuição das Autoridades Centrais, operando como um veículo de controle e transmissão

* Universidad de la Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Argentina.
E-mail: lilianarapallini@gmail.com
Recibido: 30/05/2020. Aceptado: 16/05/2021.



ainda é obsoleto em comparação com uma mecânica digital confiável. A pesar disso, a transmissão eletrônica de solicitações internacionais ou regionais tem crescido em virtude das boas práticas baseadas na reciprocidade, mas precisa se consolidar por médio de acordos e plataformas seguras e eficazes. O objetivo deste trabalho é analisar a viabilidade de criação de um espaço virtual que facilite a transmissão de cartas de fiança por meio de uma plataforma segura e eficaz. Chegar a um instrumento regional sobre a questão levantada pode levar à questão de saber se è apropriado trabalhar a ideia como “hard law” ou “soft law”.

Palabras clave: cooperación judicial, proceso electrónico, comunicaciones directas.

Palavras-chave: cooperação judicial, processo eletrônico, comunicações diretas

1. INTRODUCCIÓN

a) Hipótesis de Trabajo

No es frecuente que un tema de la relevancia y difusión de la cooperación jurídica Internacional continúe motivando su crecimiento y perfeccionamiento, en pos de mejorar la eficacia de la justicia nacional en el extranjero.

Ha ofrecido y ofrece zonas ríspidas tal el caso del reconocimiento y ejecución de sentencias y el de notificaciones en el extranjero.

En ésta oportunidad pretendo exponer una situación fáctica que puede, en nuestros días, cobrar vigencia gracias al aporte de la tecnología y de la predisposición de los países a concretar el proyecto. Entonces, surge la necesaria idea de contar con una plataforma propia del Mercado Común del Sur que además se identifique como tal y que permita un acceso seguro para todos los actores partícipes del sistema.

A raíz de ello surgen varios interrogantes que son los disparadores que inducen a volcar sugerencias y canales para su concreción.

Entre los interrogantes surge ante todo otro, responder a las ventajas de naturaleza pública y privada que su generación puede ofrecer; entre las primeras se detecta la prosperidad y afianzamiento del bloque de integración y entre las segundas, el derecho de acceso a la justicia.

De allí en más se presentan múltiples interrogantes tales como la modalidad de codificación a fin de instar a los Estados Partes a consensuar la voluntad para lograr el fin perseguido.

En verdad, no es una hipótesis totalmente comprobable salvo por la experiencia demostrada por los procesos jurisdiccionales nacionales; no obstante ello, considero factible su implementación y necesaria para responder a las expectativas de la misma cooperación judicial internacional y, para el caso, regional.

Desde otra arista, las ventajas de contar con proceso electrónico

regional robustecen los principios vertidos en el Tratado de Asunción.

Sobre estas bases he de desarrollar el tópico propuesto aportando propuestas que seguramente conforman una expresión de deseos y que sobre todo sean pasibles de mejorarse y enriquecerse.

b) Ubicación Procesal de la Cooperación Jurídica Internacional ¹

La internacionalidad del proceso civil identificado como *jurisdicción directa* conforma el típico y auténtico proceso nacional ocupado por un caso con elementos extranjeros. Empero, el Derecho Procesal Civil Internacional exhibe una rama de vasto desarrollo formada por los mecanismos de asistencia y de cooperación jurídica, en el caso, civil internacional, no por ello desplazada de la materia penal, caratulada esta como *jurisdicción indirecta*.

Con finalidad de dar efectividad a los derechos adquiridos más allá de la jurisdicción de origen, adquiere mayor relieve a través de fuente normativa convencional internacional identificada como acuerdos de CIA, significando así a los Acuerdos de Cooperación Internacional entre Autoridades.

Si a especies de tratados que interesan a la disciplina nos abocamos, el tratado dogmático genera los pilares de puntuales y encomiables derechos y garantías; el tratado pragmático dirime los conflictos de jurisdicción y de ley, mientras que el de cooperación conduce a la extensión imaginaria de la jurisdicción nacional en una extranjera para el cumplimiento de determinadas medidas que van desde las cuestiones de mero trámite, a aquellas que recaen sobre bienes o sobre personas adquiriendo plena funcionalidad en la eficacia de decisorios y resoluciones nacionales en el extranjero; tríada sobre la que se apoya la creación de nuevas fuentes normativas internacionales.

Aún dentro del marco estructurado que exponen tanto la asistencia como la CJI en sí misma constituyen herramientas de trabajo administrativo y jurisdiccional bajo la impronta de "*justicia de acompañamiento*" lo que equivale a decir que su empleo no es exclusivo ni excluyente sino complementario y de ayuda mutua.

El cambio de rumbo en la materia lo representó el surgimiento de las Autoridades Centrales dentro de los acuerdos de CIA.

Es así como el tedioso camino de una rogatoria internacional de corte ortodoxo se despeja al incursionar el procedimiento organizado con base en las Autoridades Centrales que cada Estado designa al tiempo de ratificar un instrumento de la especie.

Se trata de organismos de orden administrativo que actúan como enlace entre el Requirente y el Requerido. Su actuación entabla un carril directo de comunicación, ingreso y remisión de peticiones las que luego se derivan a la autoridad jurisdiccional correspondiente.

El esquema propicio sugiere Autoridades Centrales con doble función, ser receptoras y ser transmisoras además de la facultad de observación y depuración de la documentación elevada.

¹ De ahora en adelante consignada como CJI.

2. DESARROLLO

2.1. Los Estados frente a la ratificación de fuente normativa internacional

Al momento en que un Estado decide ratificar un acuerdo de CIA² -Cooperación Internacional entre Autoridades, como antes mencionara lo hace bajo una impronta de prosperidad y de expectativa en cuanto a su operatividad.

También surgieron dificultades en cuanto al conocimiento e interpretación de los textos por parte de los operadores y la más gravosa consiste en la falta de perfil suficiente con relación al ordenamiento interno del país incorporado a través de la ratificación.

Circunstancias como la comentada propendieron a la morigeración de cuestiones formales y procesales internas; sin embargo, la falta de reglamentación local fue significativa en medidas específicas y de peculiar envergadura como las relacionadas a niñez y a adultos incapaces.

Países como España entre otros, optaron por dictar leyes nacionales encargadas de reglamentar institutos de CJI; precisamente la autoridad competente española da vigor en 2007 a la ley 54 sobre Adopción Internacional³; la razón de ello responde al incremento observado en los últimos diez años en adherirse al régimen de adopciones internacionales por parte de residentes españoles a través del respectivo Convenio de La Haya que instaura el mecanismo de cooperación a través de los ECAI (Entes colaboradores de Adopciones Internacionales).

Lo cierto es que la relación privada internacional absorbe una especial atención. Un somero recorrido por dos senderos que presentan idénticos pasos indica que un sendero es el nacional y el otro es extranjero; ante su presentación se abren puertas e interrogantes.

La primera puerta presenta el interrogante de si son competentes o no los jueces nacionales o en su caso, si lo son los extranjeros; la segunda puerta abre la consulta con relación a si será de aplicación el derecho nacional o el extranjero para resolver el fondo del litigio y una vez dictada la sentencia cede lugar al mayor de los interrogantes consistente en saber si la sentencia dictada será eficaz en la jurisdicción foránea⁴. Esbozo que grafica las vicisitudes de la disciplina.

Sabido es que la CJI forma parte de los conflictos de jurisdicción y del Derecho Procesal Civil en sí mismo. La ayuda judicial más allá de la frontera de origen es también definida por su objeto, que en suma consiste en una extensión virtual de la jurisdicción del requirente hacia la del requerido facilitando el ejercicio de ambas competencias nacionales⁵.

2 GARCÍA CANO, Sandra. *Protección del Menor y Cooperación Internacional entre Autoridades*. Ed. Colex. Madrid, 2003. p.27 y ss.

3 BOE 312/2007. p.155..

4 GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Thomson Reuters, 2012, p.31-33.

5 BOUTIN, Gilberto. *Derecho Internacional Privado*, Panamá: Edition Maître Boutin, p.212y ss.

2.2. Avance de las Leyes Modelo

El Derecho de los Tratados fortalecido a través del Convenio de Viena, marca un exhaustivo procedimiento para llegar al resultado final de su aprobación, instancia que es seguida de la ratificación acorde a las normas constitucionales de cada país.

Frente a esta realidad y a la interculturalidad jurídica, los Organismos Internacionales destinados a la codificación del Derecho Internacional Privado han optado por elaborar *leyes modelo* cuya esencia es ser *leyes de uniformidad de criterios y armonización*⁶. Si bien no requieren de ratificación y, por ende, carecen de obligatoriedad se trata de una verdadera inducción indirecta teñida de una clara intención o aspiración de acatamiento. La rispidez de ciertos temas en algunos casos o la tendencia a mejorar procedimientos en otros, han propiciado la mentada opción que reconoce sus raíces en el Derecho Mercantil.

Técnica que hoy día se identifica como *soft law*, consistente en actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación y en muchas ocasiones abren el sendero a un posterior proceso de formación normativa.

Sin duda alguna, los procedimientos que movilizan a la CJI se afianzan en la fuente convencional internacional; los países se adhieren a ellas y las ejecutan las más de las veces adecuando las máximas del acuerdo en cuestión a los procedimientos locales lo cual no deja de ser comprensible, pero suele con ello desvirtuarse el espíritu del instrumento sobre todo el principio de celeridad concediendo una pronta y expeditiva respuesta.

En otros casos, las leyes modelos se crean para imbuir a los Estados parte de Convenios de CIA sobre la necesidad de perfeccionar armónicamente los ordenamientos nacionales a los fines del mejor cumplimiento de determinado documento.

Pero el Derecho Internacional Privado⁷ reconoce unidad estructural y fuentes que le son propias. La unidad estructural se constituye a través de la concurrencia de elementos fundamentales determinados, que hace necesario que las fuentes normativas se identifiquen con el objeto de la disciplina, lo cual hace pensar si las leyes modelo responden al paradigma planteado.

En el área de CJI se observa la convivencia del *hard* con el *soft law* y es así como un acuerdo sobre la materia se complementa con una guía práctica que opera como una suerte de consejo o recomendación que, por su tenor, carece en sí misma de función coactiva.

Si bien es una técnica de unificación, debe precisarse que lo es de

6 SANTOS BELANDRO, Rubén: *Derecho Comercial*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008. p. 58.

7 PIOTTI, Celestino. *Unidad Estructural del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Arayú, 1954, p.5 y ss.

“pretendida unificación” por consistir su espíritu en una expresión de deseos o expectativas, siendo las estructuras normativas empleadas directas o materiales, erradicando de esta manera a la técnica conflictual que identifica al ámbito internacional privatista. Tampoco, y a diferencia de los Protocolos⁸, acompañan a un Convenio o Convención precisamente por el perfil que las caracteriza.

En suma, suponen un instrumento “suave” pues los Estados gozan de plena libertad de disposición a diferencia de lo que acontece con las modalidades paccionadas de concertar fuentes con calidad de tratados internacionales en caso de decidirse su ratificación y aún, cuando se expresen reservas o se formulen declaraciones éstas invisten condición de obligatoriedad en cuanto a su aplicación, ejecución y cumplimiento⁹.

2.3. La actitud de los Estados frente a las Leyes Modelo y en particular en Argentina

La respuesta no ha sido de indiferencia e históricamente se fueron abriendo paso llegando por su influencia a la modificación y adecuación del derecho interno o bien a ser tenidas en consideración por los jueces en sus sentencias¹⁰.

Pero también se observó otro rumbo diferenciador y es así como, un grupo de expertos de la Conferencia Permanente de La Haya junto a integrantes del Instituto Interamericano del Niño dan nacimiento a la “Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños”. Las gestiones de su creación comienzan el 10 de noviembre de 2006, siendo coordinador del proyecto el magistrado uruguayo Ricardo Pérez Manrique.

El instrumento está especialmente destinado a los países adheridos al Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1989 y a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 a los que, además, los países que integran el Mercado Común del Sur se encuentran vinculados. Y precisamente, lo que sugiere es el ajuste o adecuación de las normas

8 Cito como ejemplo acerca de un Protocolo anexo a una Convención, al Convenio de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros miembros de la Familia del 23 de noviembre de 2007; aún no cuenta con vigencia en Argentina, pero se trata, por cierto, de un texto complejo acompañado de un Protocolo que forma parte de su cuerpo, y que constituye una pieza explicativa que facilita la inteligencia y comprensión del instrumento.

9 Sobre la calidad de las Leyes Modelo, también puede verse con similares conclusiones a las expresadas, doctrina especializada en Derecho Internacional Público como el Derecho Internacional de Antonio Remiro Brotons (Ed. McGraw-Hill- Madrid, 1997 y ediciones posteriores) o el de Benedetto Conforti compilado por Raúl Vinuesa (Ed. Zavalía- Buenos Aires, 1995).

10 Las normas de Derecho Internacional Privado argentinas no prevén la mutación de la residencia habitual de un niño al extranjero; sí considera que es un acto que requiere del consenso de ambos progenitores y en caso de no haberlo es tema de decisión judicial. La herramienta a la que entonces se recurre es a la Declaración de Washington de 2010 sobre reubicación internacional de niños y familias, típica fuente de “soft law”.

procesales internas a los preceptos de la ley modelo poniendo especial énfasis en “los plazos breves de decisión”.

El Proyecto que se consuma en 2008, cumple con lo previsto afianzando el contenido de los precitados acuerdos internacionales vigentes respondiendo al artículo primero de ambos vale decir, propender a la pronta o inmediata restitución de niños ilícitamente trasladados o retenidos violentando el derecho de custodia y enmarcado en el debido proceso respondiendo en todo, al interés superior del menor. No se trata de un documento creativo o innovador, sino que se encarga de reafirmar premisas propias de los procesos de restitución contenidos en La Haya tanto como en la Interamericana.

Se asemeja más que a una Ley Modelo a una suerte de Protocolo explicativo de los instrumentos madre.

Pese a ello siempre hay un ángulo favorable de manera que pueda operar, tal como anteriormente comentara, como inducción indirecta que despierte en los países que son parte de los documentos internacionales que la ocupa, a precisar sus propias normas procesales de manera que puedan cumplirse los fines del instituto y, sobre todo, la abreviación del factor tiempo en la duración del procedimiento de restitución.

En respuesta a las directrices, Argentina en 2017 con la participación de Elena Highton de Nolasco en su carácter de Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se da a publicidad el Protocolo de Actuación para los Convenios de Sustracción Internacional de Niños.

El impacto fue favorable siendo observado por la justicia y también por los legisladores al punto que provincias como la de Río Negro, modifica su Código de Procedimiento en materia de Familia y Niñez incorporando a su texto el del Protocolo en cuestión.

La conducta evidenciada en Argentina no es la única; Uruguay por ejemplo, ha adoptado un criterio semejante brindando considerable espacio a ésta modalidad de producción normativa.

2.4. Proceso Electrónico Regional

Dando inicio al apartado la investigación de su etiología y puntualmente la del *derecho procesal electrónico*, requiere de la precisión doctrinaria además de la avanzada tecnológica y su comprensión por parte de quienes no somos informáticos.

Es entendido como un sector del derecho procesal abocado al estudio de dos aspectos sustanciales; uno de ellos es el acceso de la pretensión procesal bajo modalidad informática y el otro repara en la forma en que se ha de desarrollar e integrar el proceso que dará lugar a la formación de un expediente digitalizado o expediente electrónico¹¹.

Cabe reiterar que todo el proceso civil interno e internacional aun

11 CAMPS, Enrique. *Tratado de Derecho Procesal Electrónico*, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2019, p. 3 y ss.

siendo electrónico estará imbuido del *principio de igualdad de trato procesal y del cumplimiento del due process clause*¹².

En consecuencia, redundante de especial relieve considerar que a través de la CJJ se logra contar con una herramienta idónea por la que el principio de “*tutela efectiva*” adquiere tránsito externo lo que equivale a decir que la tutela judicial efectiva obtenida en un proceso llevado a cabo en el Estado Requiriente pretende reflejarse en las garantías del debido proceso en el Estado Requerido, lo que implica la puesta en marcha de valores de grada constitucional bajo las consignas de “*igualdad de trato procesal*” y de “*confianza mutua*”.

Sin duda alguna, todo intento de reglamentar el acceso a la justicia en los casos con elementos extranjeros o de solidificar los contactos entre jurisdicciones de diferentes países, constituye un tópico de permanente consolidación.

Las comisiones rogatorias conforman el auxilio judicial internacional que conjuga las modalidades de comunicación entre autoridades con potestad jurisdiccional de distintos países, con el fin de llevarse a cabo diligencias o actos de cooperación¹³.

Sin con ello mermar recaudos o invadir espacios intangibles, se va en procura de minimizar los supuestos de oposición a su cumplimiento al tiempo de poner en práctica el sistema de contralor por parte de la autoridad jurisdiccional requerida. Aún con la expresión de “reconocimiento automático” no se quiere significar con ello erradicar el acatamiento a las premisas mínimas requeridas sino a flexibilizar los criterios de apreciación¹⁴.

En paralelo se observa que en los países “mercosureños” el proceso electrónico ha tenido un notorio acatamiento. Sabido es que se admite la comunicación telemática o electrónica cuando la Administración de Justicia en donde se actúe así lo permita y estipule¹⁵.

En Argentina ha prosperado el proceso electrónico interno en cada una de sus provincias y se encuentra en crecimiento el interprovincial.

Seguramente lo novedoso no lo son las técnicas de la información y la comunicación –TIC’s- cuyos atisbos se detectan en la invención y uso del telégrafo y del teléfono, sino su impacto y la correlativa respuesta normativa cuando son aplicadas en determinado campo. En el ámbito del Derecho Procesal conforman herramientas para el desempeño de la tarea judicial y del proceso en sus diversas instancias; en suma, la informática jurídica judicial obedece a un conjunto de reglas impartidas a través de las TIC’s para una más

12 Cláusula del debido proceso.

13 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Necesidad de profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extrafronterizos en el ámbito interamericano”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2017, año 5 n° 10, p. 29-55.

14 NOVELLI, Giancarlo. *Compendio di diritto Internazionale Privato e Processuale*, Nápoles: Simone, 2015, p. 173-179.

15 CUBILLO LÓPEZ, Ignacio. *Actos procesales, comunicación procesal y medios electrónicos*. Madrid: La Ley. 2019. p. 136.

adecuada prestación del servicio de justicia.

El interrogante consiste en responder a si contamos con un proceso electrónico en las comunicaciones judiciales regionales instaurando un procedimiento expeditivo que afiance el *reconocimiento mutuo* asegurando los derechos fundamentales de las partes involucradas. El principio aludido constituye la piedra angular de todo sistema de cooperación judicial entablado dentro de un bloque de integración tal como lo ha demostrado la Unión Europea desde 1999 al celebrarse el Consejo de Tampere¹⁶.

Como punto de partida tomo en consideración la situación en Argentina. Sucintamente, el Código Civil y Comercial de 2015 destina el Título IV del Libro Sexto a Disposiciones de Derecho Internacional Privado lo que redundará en beneficio de la materia, toda vez que el caso de interés jurídico con elementos extranjeros adquiere con ello especificidad de trato; consta de tres Capítulos destinando el segundo a Jurisdicción Internacional y en él incluye los lineamientos fundamentales que ofrece la CJI. La totalidad de su texto se encuentra inmerso en la jerarquía normativa u orden de prelación para la resolución de casos, principio que se reproduce en todos los temas tratados incluido el de la CJI. En consecuencia, el art. 2594¹⁷ imprime el método de selección de normas a respetar frente a un caso específico de la disciplina ocupando el primer escalón, la fuente convencional internacional.

Retomando la recepción del mecanismo ahora convocado, se detectan dos normas que conforman el eje de la CJI, el art. 2611¹⁸ y 2612¹⁹ en los que se abre el camino hacia las comunicaciones electrónicas pues precisamente lo novedoso es la admisión de entablarse comunicaciones directas entre jueces, muy útiles —entre otros aspectos— para el seguimiento de la rogatoria en el Estado requerido; obviamente es imperiosa la aceptación mutua de la práctica y del respeto por el debido proceso, lo que implica dejar constancia

16 DE HOYOS SANCHO, Monserrat. *“Reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”*. En : De la Oliva, Santos y Gascón Inchausti (eds.), *Derecho Procesal Civil Europeo*, Navarra: Aranzadi- Thomson Reuters, 2011. p. 493-504.

17 Artículo 2594.- “Normas Aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones jurídicas vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación al caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

18 Artículo 2611.- “Cooperación jurisdiccional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.”

19 Artículo 2612.- “Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso. Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida”.

suficiente en la causa del diálogo oficioso mantenido entre jurisdicciones, todo ello en procura de no enervar los derechos de las partes en las instancias pertinentes.

Dichas comunicaciones directas tal como surge del texto no enervan el empleo de diversos medios para llevarse a cabo lo cual constituye un acierto para la eventual digitalización.

Si bien numerosos Tratados de CIA cuentan con formularios o guías prácticas que incluso obran en páginas electrónicas, esto no significa que no sean acompañados del correspondiente exhorto en soporte papel y que de igual forma se lleven a cabo las notificaciones en el extranjero originando considerables demoras procesales.

Cerrando ideas, destaco que el principio de *confianza mutua* está receptado y la vía de transmisión electrónica no se encuentra expresamente excluida como vía de tramitación en lo que a la normativa argentina se refiere.

Ahora bien, un recorrido por fuente normativa internacional²⁰, el Convenio de La Haya de 1965 sobre Comunicaciones y Notificaciones en el extranjero es un claro ejemplo permisivo de la práctica electrónica bajo forma implícita que requiere de cierta amplitud de criterio al momento de interpretarlo, tal como se desprende del art. 10 de dicho instrumento²¹.

Es de apreciar que se trata de un convenio de *“hard law”* sumamente valioso pero que requiere de su modernización siendo necesario incorporar otros medios de transmisión de forma explícita sin desmerecer la rigidez y formalismo del exhorto y más aún, su transmisión por medios electrónicos.

Sin embargo, se detecta el aporte de creativos instrumentos de *“soft law”* puntualmente el Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional con vuelco incluso al flanco penal.

Empero, nos encontramos en el Mercado Común del Sur y lo interesante es reparar en la normativa propia del espacio jurídico compartido.

Entre los valiosos instrumentos considero de carácter troncal en el tema ahora traído al Protocolo de Cooperación y Asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa suscripto el 27 de junio de 1992, entre los Estados parte²² y su Acuerdo Complementario que opera

20 RAPALLINI, Liliana Etel. “Principio de confianza mutua en la cooperación jurídica internacional: su implementación electrónica”, X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, Madrid: BOE, 2019, Tº II, p. 91-101.

21 Artículo 10: Salvo que el Estado de destino declare oponerse a ello, el presente Convenio no impide:

a) la facultad de remitir directamente, por vía postal, los documentos judiciales a las personas que se encuentren en el extranjero.

b) La facultad, respecto de funcionarios judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado de origen, de proceder a las comunicaciones o notificaciones de documentos judiciales directamente a través de funcionarios judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado de destino.

c) La facultad, respecto de cualquier persona interesada en un procedimiento judicial, de proceder a las comunicaciones o notificaciones de documentos.

22 Vigente en Argentina por ley 24.578 (B.O. 27/11/1995).

como anexo²³.

De ambos textos no surge de modo expreso que se limite el medio a emplear para la transmisión de un exhorto desde un requirente a un requerido por lo que incorporar la vía virtual no constituiría vulnerar el contenido como tampoco modificarlo.

Por otra parte, consideremos que la *@apostille* se genera a través de la actualización tecnológica sin requerirse por ello de la modificación del primigenio Convenio de La Haya sobre supresión de la legalización y contando para su implementación, con activa participación de entes colaboradores y de *@support* seguros y eficaces que trasciendan las fronteras nacionales.

Acoto, por último, que la Academia se ha expresado al respecto. Véase la trascendencia y requerimiento del tema que en el mes de agosto de 2018 se celebró en Argentina los 125 años de la Conferencia de La Haya²⁴; el tema cardinal fue el uso de medios electrónicos para implementación y funcionamiento de los Convenios de La Haya sobre Cooperación Jurídica y Protección Internacional de Niños propiciándose la creación de plataformas virtuales seguras y eficaces con aspiración de universalidad²⁵. Se da por certero que los colectivos jurídicos vulnerables son los más necesitados de la virtualidad por la urgencia que imprimen sus peticiones, lo cual no implica que si se acepta en una disciplina no se encuentre razón suficiente para extender la práctica a otras ramas que además se encuentran comprendidas en el Protocolo de Las Leñas y en su Acuerdo Complementario.

El exhorto ha de ser el medio idóneo de comunicación cuya procedencia será desde una autoridad judicial en sentido estricto o de un organismo administrativo facultado para ello; lo que se modifica es el modo de transmisión respondiendo al presente y a los avances alcanzados²⁶.

2.5. Avances para su concreción

Un avance notable ha sido la incorporación de las llamadas “comunicaciones directas” que operan de manera independiente de los mecanismos tradicionales del acto cooperativo; interpretado como una herramienta rápida, eficiente, amplia a punto de partida de lo que ofrecen las nuevas tecnologías instalando un canal más expeditivo de intercambio entre jurisdicciones permitiendo que un juez nacional se relacione con su par foráneo por un medio virtual dejando debida constancia en el expediente.

De alguna manera el camino se va abriendo y es así como en diciembre de 2019 surge el Acuerdo sobre Reconocimiento Mutuo de Certificados

23 Vigente en Argentina por ley 25.222 (B.O. 4/01/2000).

24 El evento estuvo presidido por Christophe Bernasconi –actual Secretario General de la Conferencia de La Haya- y por Ignacio Goicoechea en su carácter de Representante de la Conferencia de La Haya para América Latina y el Caribe.

25 Es de hacer notar que del evento participaron activamente y con armonía de criterio, los Estados parte del MERCOSUR.

26 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 452-454.

de Firma Digital para el Mercosur aprobado por Decisión 11/2019²⁷ que constituye el paso previo e imprescindible, para la existencia de un espacio electrónico aplicado al proceso más aun considerando su establecimiento en un bloque integrado.

Un destacado avance en la materia proyectado sobre la idea de contar con un ámbito espacial de mayor extensión, lo da la creación del acuerdo de Medellín en 2019 y del cual participaron países de la región.

Esta novedosa fuente caratulada como *“Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales”*²⁸ que se encuentra a la espera de las ratificaciones necesarias para adquirir vigor, se organiza sobre la base una plataforma virtual -Iber@- como mecanismo preferente de transmisión de los pedidos de cooperación por parte de las Autoridades Centrales eliminando por ende, la circulación del soporte físico en papel. No obstante, pese a la valía de su contenido no cubre a mi entender, las necesidades propias y de identidad que requiere el MERCOSUR.

El marco internacional actual está caracterizado sin duda alguna por la globalización que puede ser entendida desde diversas perspectivas. Si la observamos desde la revolución tecnológica, compartimos un mundo interconectado por el acceso a participar de comunidades virtuales y de redes que reducen asombrosamente las distancias y en consecuencia las fronteras que han de subsistir pero de manera ideal.

En consecuencia y para el ámbito jurídico extrafronterizo la tendencia es dar paso al avance tecnológico, a las comunicaciones directas y al aporte de las redes y bases de datos adecuadas al espacio de destino.

2.6. Opciones de contenido y funcionalidad

La funcionalidad de la plataforma judicial del MERCOSUR destinada en su inicio a la transmisión virtual de rogatorias, ha de contar con guías de buenas prácticas como, por ejemplo, uniformar el modelo de exhorto a emplearse, instar a las comunicaciones directas entre jueces para el mejor desarrollo de la petición, protocolos para la toma de audiencias testimoniales o de otra índole.

Obviamente se accederá a ella con clave de acceso sobre todo para el Abogado actuante, bien sea en carácter de patrocinante o de apoderado; esto implica la acreditación de su condición en el país parte del mercado y su reconocimiento extrafronterizo a través de un registro específico.

El profesional interviniente elevará digitalmente el exhorto al juez nacional donde el proceso tramita. La firma del juez o tribunal se legaliza electrónicamente por la instancia superior –Cámara en la gran mayoría de los casos-; el art. 26 del Protocolo de Las Leñas prevé la circulación sin más trámite

27 Disponible en: <<https://www.mre.gov.py/tratados>> (última consulta: 01/11/2021).

28 Disponible en: <https://comjib.org/wp-content/uploads/2019/08/Tratado_Medellin_ES.pdf> (última consulta 25 de junio de 2021).

cuando se trata de documentos emanados de autoridades jurisdiccionales y se emplee la vía de Autoridad Central. Cumplido el paso, el Secretario del juzgado ingresa a la plataforma MERCOSUR remitiendo la pieza a la Autoridad Central nacional, la que la remitirá a su par en país parte que corresponda y a través de la misma plataforma será remitido al juez requerido.

La plataforma ha de contar además, con dos sectores diferenciados; uno para facilitar las comunicaciones directas entre jueces y otra destinada al profesional actuante a fin de poder conocer el tránsito y estado del exhorto ingresado.

No es ajeno que la situación de pandemia provocó en su etapa profunda, inactividad jurisdiccional salvo casos de suma urgencia. Empero, frente la necesidad de proveer acceso a la justicia los mecanismos electrónicos fueron de inmensa valía frente a la inusitada situación, observándose una apertura y mayor desarrollo. Los países del mercado generaron protocolos propios incluso para los procesos privados internacionales. En primer término cabe observar que la acertada práctica lo ha sido en virtud de la reciprocidad y voluntad de las autoridades administrativas y judiciales que es diferente a la existencia de una plataforma propia del MERCOSUR que otorgue al bloque una mayor identidad.

CONCLUSIÓN: PROPUESTAS

Lo hasta aquí expuesto conduce a afirmar que la disciplina conforma una frondosa especialidad que requiere de medios idóneos –legislativos e informáticos– así como de especial preparación de los recursos humanos tanto en la faz administrativa como en la jurisdiccional abocados a su ejecución y desarrollo.

Nos encontramos frente a desafíos, algunos de ellos difíciles de sortear, pero no por ello imposibles de lograr; un primer desafío consiste en la necesidad de alcanzar la universalidad con relación al seguimiento de las fuentes convencionales internacionales, numerosos son los foros y numerosos los instrumentos; otro desafío está dado por el acceso a los instrumentos y el tercero por su debida aplicación. Son sectores diferenciados con concentración de competencias y con elevado grado de especificidad.

El marco internacional actual está caracterizado sin duda alguna por la globalización que puede ser entendida desde diversas perspectivas. Si la observamos desde la revolución tecnológica, compartimos un mundo interconectado por el acceso a participar de comunidades virtuales y de redes que reducen asombrosamente las distancias y las fronteras.

En consecuencia y para el ámbito jurídico extrafronterizo la tendencia es dar paso al avance tecnológico, a las comunicaciones directas y al aporte de las redes y bases de datos.

La confianza mutua entre requirente y requerido nace como manifestación pura de reciprocidad, pero se solidifica al rodearse de certeza

y seguridad jurídica no sólo para quienes la ejecutan sino también para los justiciables.

Visto así señalo tres posibles opciones para implementar un proceso electrónico que en un futuro pueda extenderse por ejemplo a notificaciones que conforma un flanco, por cierto, teñido de demoras, incertidumbres y dificultades.

Una primera opción es la concertación de un acuerdo entre los países fundadores y asociados al mercado por el que se establezca una red electrónica de tramitación de exhortos. Requiere de modalidad “*hard law*” y de su internación a los ordenamientos nacionales de los partícipes.

La segunda opción aproximada al recurso “*soft law*”, se presentaría como una serie de sugerencias para propiciar la vía electrónica y de suma de recaudos a tener en consideración al momento de su uso; a su vez, señalar el órgano del mercado encargado de centralizar datos certeros y confiables como, por ejemplo, podría serlo la Secretaría Administrativa.

La tercera a considerar sería la elaboración de un Acuerdo complementario al Protocolo de Las Leñas semejante al señalado como segunda opción, tomando como modelo la mecánica de internación expeditiva empleada, por ejemplo, en el Acuerdo sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en cuestiones matrimoniales, aliviando notoriamente el procedimiento para su adhesión.

Cualquiera sea el camino seguido, el procedimiento no sólo será ejecutado por las autoridades jurisdiccionales; la intervención de las Autoridades Centrales pertenecientes a los países de la región será fundamental en el proceso de transmisión.

Salvo la buena disposición y aceptación mutua de la virtualidad, hoy día un exhorto se expide por el juez del caso y en versión papel es llevada en mano a la Autoridad Central y ésta lo remite físicamente a la Autoridad Central requerida quien procede acorde a sus líneas de tramitación. En consecuencia, las instancias o etapas llevadas a cabo en versión papel, así como los requisitos que identifican a la vía presencial, serán respetados en la vía electrónica.

Incluso y en avance de la propuesta, si los Estados miembros y sus asociados conocen de los asuntos de tráfico externo con base en normas competenciales uniformes, los obstáculos al reconocimiento mutuo de sus decisorios tienden a reducirse ostensiblemente.

La lectura constitucional de un Tratado o Acuerdo Marco forjador de un bloque de integración, propende a eliminar obstáculos injustos a la libre circulación de los sujetos comprendidos y de sus derechos y de entre ellos, el acceso a la justicia ocupa valor prevalente.

Por otra parte, en la sociedad global emergente y plasmada en la universalidad del plexo de los derechos humanos, el Derecho Internacional Privado ha de favorecer la actividad económica, financiera y de expansión, reducir los costos e infundir confianza en los sujetos involucrados Al mismo

tiempo, debe favorecer los mecanismos para corregir las deficiencias y desequilibrios propendiendo a la protección de la parte más débil de la vinculación.

Otras cuestiones para tener en cuenta han de ser que los instrumentos de transmisión electrónica cuenten con firma digitalizada, que el acuerdo a concertarse cuente con formularios y guías prácticas que faciliten su implementación especialmente destinados a uniformar criterios de admisibilidad como así también un tópico tendiente a reducir costes entre otros aspectos y es que dichos instrumentos sean de carácter bilingüe (español-portugués).

Sin duda debemos propender a la flexibilización en la participación y la apertura a fin de generar espacios judiciales compartidos. La eficacia ha dejado de ser un contenido más del discurso jurídico en la tarea de administrar justicia, para ocupar el rango de deber primordial de los jueces y del resto de operadores del derecho.

El buen uso de los Tratados Internacionales no es sólo un indicador de su empleo bajo la máxima de la “buena fe”; a ello, debe agregarse el conocimiento de su existencia y contenido por parte no sólo de los ejecutores naturales –instituciones públicas o privadas, magistrados, profesionales– sino de la población en su totalidad, lo cual redundaría en la necesidad de una permanente y dinámica difusión.

Los postulados del Derecho Internacional Privado postmoderno destacan la función de la disciplina como un canal o vehículo de comunicación jurídica a nivel teórico y práctico que transcurre en paralelo con la interdependencia económica y social entre los Estados, necesitada de una interpretación normativa basada en un razonamiento flexible acorde con las nuevas normas de textura abierta. Pese a ello la *global zoom jurisdiction* se encuentra en proceso de ejecución y seguramente saldrá a la luz. Los perfiles de las legislaciones procesales nacionales aportan y fomentan la idea dando cabida a perfiles de país sustentables para la prosperidad del proyecto. Precisamente los Estados que conforman el Mercado Común del Sur otorgan suficiencia para responder a la expectativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBORNOZ, Mercedes; PAREDES, Sebastián. “Nuevo Tratado de Medellín: la tecnología de la información al servicio de la cooperación internacional”. 2020. Disponible en: <<http://derechoenaccion.cide.edu/nuevo-tratado-de-medellin-la-tecnologia-de-la-informacion-al-servicio-de-la-cooperacion-internacional/>> (fecha de la última consulta 1º/11/2021)

BOGGIANO, Antonio. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2017, p. 630

BOUTIN, Gilberto. *Derecho Internacional Privado*, Panamá: Edition Maître Boutin. 2006.

CAMPS, Enrique. *Tratado de Derecho Procesal Electrónico*, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2019. p. 3 y ss.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Desarrollo Judicial y Derecho Internacional Privado*, Granada: Comares, 2005, p. 267-273.

CUBILLO LÓPEZ, Ignacio. *Actos procesales, comunicación procesal y medios electrónicos*, Madrid: La Ley, 2019, p. 19, 136.

DE HOYOS SANCHO, Monserrat. "Reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental", En: DE LA OLIVA, Santos; INCHAUSTI, Gascón (Eds.), *Derecho Procesal Civil Europeo*, Navarra: Aranzadi- Thomson Reuters, 2011, p. 493-504.

ESPINAR VICENTE, José María. *Doce reflexiones sobre el Derecho internacional privado español*. Madrid: Liceus, 2014, p. 45-55.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Thomson Reuters, 2012, p. 6-10.

GOICOECHEA, Ignacio "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Comercial", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2016, Año4, N°7; p. 127-151.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Depalma, 1974, p.442 - 445.

HCCH "Celebrando 125 años" [online] Disponible en <:https://www.hcch.net/es/secure-portal/other-hcch-meetings/buenos-aires-125th-anniversary/> [última consulta 3/11/2021]

MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel Ángel. *El Derecho Internacional Privado en los tiempos hipermodernos*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 6-10.

NOVELLI, Giancarlo. *Compendio di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Nápoles: Simone, 2015, p. 173-179.

PIOTTI, Celestino. *Unidad Estructural del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 5 y ss.

RAPALLINI, Liliana Etel. "Principio de confianza mutua en la cooperación jurídica internacional: su implementación electrónica", X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, Madrid: BOE, 2019, Tº II, 2018. p. 91-101.

SANTOS BELANDRO, Rubén. *Derecho Comercial*, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2008, p. 58.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Necesidad de profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extrafronterizos en el ámbito interamericano", en *Revista de la Secretaría del*

Tribunal Permanente de Revisión, 2017, Año 5, Nº 10, p. 29-55

UNIVERSIDAD DE LA PLATA, FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS, CATEDRA 1. "El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina"[online] [último acceso 17/05/2020]. Disponible en: <<http://catedradip1laplata.com/index.php/contenidos/doctrina/31-el-derecho-internacional-privado-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-argentina-2>>

VAN LOOD, Hans. *El horizonte global del Derecho Internacional Privado*, Caracas: ASADIP, 2020, p. 52-61, disponible en: <[www: asadip.org](http://www.asadip.org)> (fecha de la última consulta: 29/10/2021)



Creation of a virtual zone as a means of transmission of regional letters rogatorys

Abstract: The electronic process is today one of the many manifestations of the great contribution of technology to other sciences. Private International Law in its practical face offers a specific treatment and, by the way, of frequent complexity. The area of greatest dissemination and connectivity is detected in judicial cooperation with a wide international and regional spectrum. The tedious transit of paper, even the contribution of the Central Authorities operating as a control and transmission vehicle, is still obsolete compared to reliable digital mechanics. Despite this, the electronic transmission of international or regional requests has grown by virtue of good practices based on reciprocity, but it needs to be consolidated through safe and effective agreements and platforms. The purpose of this work is to analyze the feasibility of creating a virtual area that facilitates the transmission of letters of warrants through a safe and effective platform. Arriving at a regional instrument on the issue raised may lead to the question of whether it is appropriate to work on the idea as "hard law" or as "soft law".

Keywords: Judicial cooperation, Electronic process, Direct communications.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Liliana Rapallini, profesora titular por concurso de la Cátedra Uno de Derecho Internacional Privado. Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de la Plata. Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

A complexidade social para adoção de um Tribunal de Justiça Internacional

Complejidad social para adopción de una Corte Internacional de Justicia

Pedro Ernesto Neubarth Fernandes* 

Leonel Severo Rocha* 

Resumen: Los problemas sociales globales son algo cada vez más común considerando que la sociedad contemporánea ya no es local, en base a este hecho, se entiende que la adopción de un orden legal supranacional puede venir a ser una solución posible a estos problemas, considerando que los problemas globales exigen soluciones igualmente globales. Por lo tanto, para llevar a cabo una investigación clara de los hechos, tenemos la intención de utilizar la Teoría de los Sistemas Sociales Autopoieticos de Niklas Luhman, como teoría básica para este estudio, acompañada del método de investigación inductivo, así como la revisión de bibliografías nacionales e internacionales, a fin de llegar a una respuesta, a (im)posibilidad de se adoptar una jurisdicción supranacional, que en teoría solo se ha considerado dentro del alcance de las ideas hasta el presente.

Resumo: Os problemas sociais globais são algo cada vez mais comum tendo em vista que a a sociedade contemporânea já não é mais local, tendo por base esse fato, assim como os paradoxos sistêmico sociais, entende-se que a adoção de um ordenamento jurídico supranacional, possa vir a ser uma, possível solução a esses problemas, tendo em vista que problemáticas mundiais, exigem soluções igualmente globais. Desse modo, para proceder uma clara investigação dos fatos, pretendemos utilizar como teoria de base para realização do presente estudo a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos, de Niklas Luhman, acompanhado do método indutivo de pesquisa, bem como a revisão de bibliografias nacionais e internacionais, dividido em três tópicos,

* E-mail:pedroneubarth@gmail.com

Recibido: 23/04/2020. Aceptado: 16/05/2021.



quais sejam a complexidade social, a fragmentação constitucional e, por fim a (im)possibilidade de adoção de um órgão jurisdicional supranacional, os qual em tese, até o presente momento fora cogitado somente no âmbito da idéias.

Palabras clave: Teoría Sistemática, Fragmentos Constitucionales, Derecho Internacional, Corte Internacional de Justicia, Globalización.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas, Fragmentos Constitucionais, Direito Internacional, Tribunal de Justiça Internacional, Globalização.

1. INTRODUCCIÓN

Os problemas sociais globais são algo cada vez mais comum nos Estados Nacionais, haja vista que a a sociedade contemporânea já não é mais local, mas sim global, diante desses fatos, a complexidade social surge como um agravante aos Estados, que já não conseguem mais responder de forma adequada as necessidades de sua população.

Tendo por base esse fato, assim como os paradoxos sistêmico sociais, entende-se que a adoção de um ordenamento jurídico supranacional, possa vir a ser uma, possível solução a esses problemas, tendo em vista que problemáticas mundiais, exigem soluções igualmente globais¹.

Nessa toada, a fim de se proceder uma clara investigação dos fatos, se faz necessário, inicialmente atentar a existência de diferentes matrizes teórico jurídicas, ponto esse de partida para observação da teoria do Direito. Na classificação proposta por Rocha², já revisitada e atualizada³, se destaca a necessidade de transição da observação da matriz analítica, de cunho normativista, para uma perspectiva pragmático-sistêmica, com ênfase na organização.

Levando-se em conta essa transição, pretende-se com o presente estudo, realizar uma análise, a partir da matriz pragmático-sistêmica, da sociologia jurídica, bem como da teoria jurídica contemporânea, com intuito de se verificar a complexidade por trás da (im)possibilidade de se adotar um Tribunal de Justiça Internacional.

Para tanto, no primeiro capítulo, pretende-se abordar a complexidade social global, em si, posteriormente, almeja-se estudar o processo de fragmentação do sistema do Direito, bem como o fato desse poder vir a ser um possível plano de fundo para a adoção de tal organização jurídico supranacional.

1 BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

2 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

3 ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, vol 05, n. 02, 2013b. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>

Por fim, pretende-se abordar no último capítulo a (im)possibilidade de adoção do mencionado modelo jurisdicional, sem pretensão alguma de exaurir qualquer tipo de debate a respeito do tema, mas sim intensificar e incentivar a realização desse, pois diante dos atuais problemas sociais, urge a necessidade de adoção de medidas condizentes a essas.

Enfim, como mencionado, para realização do presente estudo, utilizar-se-á como teoria de base a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos, de Niklas Luhman, acompanhado do método indutivo de pesquisa, bem como a revisão de bibliografias nacionais e internacionais, com intuito de se chegar a uma resposta.

2. A COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE GLOBAL

O mundo globalizado é algo complexo, propriamente dito, tendo em vista que não há uma resposta certa para esse fenômeno, essa assertiva pode ser identificada nos estudos de inúmeros sociólogos e filósofos, tais como Luhmann^{4,5,6}, Bauman⁷, dentre outros. Diante desse fato e a fim de se poder observar o mundo atual como propriamente é, se faz necessária a compreensão de outro fenômeno, qual seja o da fragmentação social, que em apertada síntese assevera o fato de que cada sistema da sociedade atual é fragmentado e cada um desses fragmentos vai além das barreiras formais dos países^{8,9}.

Nessa toada, diante dessas bruscas mudanças ocorridas na sociedade nas últimas décadas, tem-se que a humanidade tenha adentrado, pela primeira vez, em pouco mais de dez mil anos de história de civilização humana, em um sistema social universal, tendo em vista que quase todos os humanos compartilham do mesmo sistema geopolítico, econômico, científico, embora não sejam esses homogêneos, mas encontrem-se profundamente relacionados, influenciando-se uns aos outros¹⁰.

Em outras palavras, Vicente de Paulo Barretto, escreve a respeito disso que:

Os termos “processo de globalização”, bem como “globalização” ou “mundialização”, tem sido utilizado de forma abrangente e procuram expressar, na verdade, fenômenos sociais, políticos, econômicos e culturais, muitas vezes correlatos, mas, às vezes, excludentes. A maioria das vezes, principalmente na literatura das ciências sociais, o uso da expressão vem carregado de uma atribuição crítica e

4 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Herder, 1997.

5 LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª ed. [S.l.]: Vega, 2006.

6 LUHMANN, Niklas. *Introdução a teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2011.

7 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

8 TEUBNER, Günther. *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*. Coord. Marcelo Neves [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016.

9 TWINING, Willian. *Globalização e estudos jurídicos*. *Meirtun*. Belo Horizonte, vol 7, nº 1, 2012. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1199>>

10 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens - Uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 231.

expressa julgamentos valorativos, quer sejam positivos, quer sejam negativos. Essa característica do uso da expressão deve-se ao fato de que a globalização surge, antes de tudo, no âmbito do capitalismo financeiro para então repercutir e ganhar cores próprias nas relações intersubjetivas, intergrupais e interestatais na contemporaneidade¹¹.

Diante de tais constatações, é possível se constatar que, embora já tenham ocorrido alguns avanços, até o presente momento versa a mundialização que vivemos de um feito negativo, pois funciona essa de uma forma altamente seletiva, ou seja não suplementada por uma equivalência positiva, a qual até o presente é apenas uma esperança longínqua¹². Além disso, tem-se que a globalização não se consiste em um processo linear, já que desenvolve-se por etapas e em momentos distintos, graças às relações de causa e efeito, isto é diante da necessidade de se universalizar, em determinado momento histórico, cada um dos setores da sociedade, o que em outros verbos pode ser visto como sendo um fenômeno multidimensional que envolve diversos domínios num fato altamente complexo, o qual necessita de novas políticas públicas extremamente sofisticadas¹³.

Tal constatação nos leva a máxima de Bauman, que em suas obras descreve a sociedade contemporânea como sendo líquida:

[...] todas as sociedades são agora plena e verdadeiramente abertas, em termos materiais e intelectuais, [...]. No mundo líquido-moderno, os perigos e os medos são também de tipo líquido – ou seriam gasosos? Eles flutuam, exsudam, vazam, evaporam... Ainda não se inventaram paredes capazes de detê-los, embora muitos tentem construí-las¹⁴.

Logo, num mundo como o nosso, líquido, é possível se afirmar que os efeitos das atitudes se difundem de forma muito mais ampla do que o impacto enfadonho do controle, o que, por conseguinte torna nosso mundo cada vez mais fragilizado¹⁵.

Diante dessas verdades, tem-se que cada seja possível se identificar os modelos de Estados Nacionais soberanos sendo subjugados a várias influências econômicas, políticas e sociológicas. Em outras palavras, o real poder que em outras épocas era mantido no âmbito interno do Estado Nacional, agora está sob o controle de diferentes agências em níveis regionais e globais, as quais procuram adequar os sistemas jurídicos nacionais às exigências reguladoras do mundo¹⁶.

11 BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 223.

12 BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op. cit., p. 126.

13 BARRETTO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 225.

14 BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op. cit., p. 128.

15 BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op. cit., p. 129.

16 BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. Op. cit., p. 227.

Paralelamente a perda da hegemonia do poder pelos Estados Nacionais, surgem novos desafios nas mais diversas áreas como por exemplo a ecologia, a saúde, a tecnológica, o aprofundamento do fosso entre nações ricas e pobres, as correntes migratórias internas e externas, problemáticas essas que necessitam, urgentemente de respostas não convencionais, isto é não encontradas no seio dos Estados Nacionais soberanos clássicos, os quais vem se mostrando incapazes de solucioná-las¹⁷.

Diante desses fatos, Bauman¹⁸ escreve que a solução dos problemas fundamentais passa pela sua descentralização local, isto é por se tratarem de problemas globais, precisam esses não apenas serem resolvidos de formal mundial, mas também serem visto sob a ótica global, motivo esse pelo qual não se admitem soluções locais aos aludidos problemas. Gunther Teubner¹⁹, nessa linha de pensamento propõem a adoção de um “constitucionalismo transnacional que nos direitos fundamentais possui sua mais alta plausibilidade”.

Tal medida, auxiliaria na soluções de problemáticas fundamentais mundiais, reduzindo assim, de certa forma a complexidade social global, o que facilitaria a produção de comunicação, através da observação de dois polos espaciais inconciliáveis, na lógica tradicional, quais sejam o local e o universal²⁰, em outras palavras, “trata-se da produção da simultaneidade entre a presença e a ausência, que somente é possível devido a sua impossibilidade. Esse paradoxo é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar”²¹.

A globalização, portanto, talvez seja o único meio capaz de solucionar as problemáticas mundiais originadas por si mesma, contudo isso somente poderia ser alcançado através de mudanças na forma como observamos a sociedade, uma vez que:

Observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação. A problemática da observação [...] deve ser relacionada com a interpretação [...]. Para se observar diferentemente é preciso ter-se poder. A principal característica do poder é ser um meio de comunicação encarregado da produção, do controle e do processamento das informações. Uma das formas possíveis para se obter observações mais sofisticadas, de segundo grau, seria portanto o desenvolvimento de uma nova Teoria dos Meios de Comunicação²².

17 Ídem.

18 BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Op. cit.

19 TEUBNER, Günther. Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização. Op. cit., p. 225.

20 ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. Op. cit.

21 ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. Op. cit., p. 42.

22 *Ibid*, p. 26.

Constata-se, assim que se observarmos a sociedade complexa global de forma diferenciada, ou seja a partir de uma segunda ordem, poderíamos estabelecer critérios para o desenvolvimento de uma nova compreensão, uma vez que é somente através da produção de diferenciação, como anteriormente mencionado, que nos permitimos entender as mudanças ocorridas na própria sociedade, colocando assim sentido na complexidade social²³.

Nessa senda, é importante se destacar, ainda que a complexidade na sociedade global é, igualmente elevada, pois apresenta mais possibilidades de que o ser humano consiga compreender essa, diante desse fato a dupla contingência²⁴, o sistema do Direito surge aqui como um bom exemplo desse fenômeno, pois busca agir como um alívio as expectativas da sociedade, frente à impossibilidade de uma única moral comum, sendo assim, possível manter a ordem e coesão social²⁵.

Essa diferença funcional somente é possível, pois o Direito é um sistema diferenciado, como já mencionado, tratando-se de um sistema operacionalmente fechado e autorreferente, capaz de não separar-se por completo da sociedade e dos demais sistemas sociais, bem como definindo seus próprios limites, o que é relevante para o seu entorno²⁶.

Tais constatações nos levam assim a máxima, de Luhmann²⁷, de que o sistema do Direito, na busca pela redução da sua própria complexidade, aplica a si mesmo uma distinção específica, baseada na codificação binária do Direito/não Direito, o que em outras palavras pode ser ao se analisar o interior do sistema que é circular, isto é o circuito comunicativo geral desenvolve novos circuitos comunicativos parciais, que buscam em sua especialização funcional a redução da complexidade, o que por conseguinte acaba por gerar um aumento da sua própria complexidade, diante da possibilidade do fechamento operacional desse, fato esse que acaba por levar ao surgimento de paradoxos no interior do sistema.

O sistema do Direito, portanto ao agir dessa forma, operacionalmente fechada, gera autonomamente sua própria abertura, permitindo assim a incursão da diferenciação em seu interior²⁸, com intuito de combater os paradoxos que se originaram, que nada mais são do que o modo pelo qual o sistema observou as suas autor referências, exemplificando: através das normas alcançaremos o objeto das decisões, as quais seguem suas próprias normas, após serem textualizados, tornam-se objetos novos a novas decisões,

23 Ídem.

24 SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

25 DARÍO RODRÍGUEZ, M. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2ª ed. México: Herder, 2005.

26 DARÍO RODRÍGUEZ, M. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. Op. cit.

27 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

28 ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. Op. cit.

as quais acabam por fazer necessário a edição de novas normas²⁹.

Nessa toada, Leonel Severo Rocha³⁰ nos ensina, quanto aos paradoxos existentes que:

Não é possível, nas sociedades complexas, uma ruptura radical entre passado e futuro. Assim, algumas questões do normativismo podem estar ainda muito presentes em certas questões e, para outras, não fazerem nenhum sentido. Existem passagens, portais, que se fecham e não fecham. Depende da observação do problema. Do ponto de vista temporal, eventos do passado ainda estão presentes aqui, hoje, e outros já desapareceram.

Assim, a fim de escaparmos desses paradoxos, para conseguirmos compreender melhor a sociedade global, necessitamos observar os sistemas de forma diferenciada, ou seja sob uma segunda ordem, nessa toada, retomamos ao ponto anterior, qual seja a necessidade de se realizar observações de segundo grau, com intuito de gerar uma compreensão diferenciada da sociedade que, por ser complexa, encontra-se fragmentada³¹, fato esse que ocorre em virtude:

das sociedades contemporâneas conhecerem uma ordem constitucional informal, que não é centrada no Estado – nem normativo nem faticamente –, e que contém estruturas jurídicas polivalentes. Com isso, a sociologia constitucional modifica radicalmente a formulação do problema. Ela coloca a questão da constitucionalização não apenas para o direito internacional público e para o mundo dos Estados que fazem parte da política internacional, mas também para outros sistemas parciais autônomos da sociedade mundial.

A noção de sociedade complexa, portanto passa pela necessidade de se efetivar uma verdadeira governança global, a qual superaria os limites atualmente existentes, isto é das dificuldades enfrentadas pelos Estados Nacionais de solucionar os atuais problemas existentes, como o relacionados a ecologia, a saúde, a complexidade tecnológica, dentre outros, que necessitam de uma intervenção contundente. Contudo, fica aqui uma questão, qual seja, como criar mecanismos e instituições capazes de zelar por essa governança global e promover o desenvolvimento de todos os países,

29 JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiético. *Rev. Fac. Der. Montevideo*, n° 43, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652017000200032&lng=es&nrm=iso>

30 ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; CLAM, Jean. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

31 TEUBNER, Günther. Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização. *Op. cit.*, p. 27 e 28.

sejam esses desenvolvidos ou subdesenvolvidos³², sem que hajam danos a soberania nacional dos Estados.

3. FRAGMENTOS DE CONSTITUIÇÃO

Diante do atual cenário social, uma coisa é certa, o Estado como conhecemos, enquanto único programador, encontra-se perdendo seu monopólio, como centro de organização, tendo em vista que as questões que até então eram resolvidas com a aplicação da programação tradicional, hoje não são mais resolvidas dessa forma, sendo necessário passar a recorrer a soluções extra-estatais³³, a fim de conseguir se responder os anseios e expectativas sociais.

Gunther Teubner³⁴, nessa toada escreve em seu livro *Fragmentos Constitucionais* que na sociedade contemporânea e complexa há uma fragmentação dos sistemas sociais, em especial do sistema do direito, que outrora se emanava como uma manifestação da vontade política e hoje sofre uma mudança radical, em outras palavras “[...] acoplamentos ocasionais surgem conforme a necessidade dos problemas sociais. Normas jurídicas constitucionais são desenvolvidas ad hoc quando o conflito atual apresenta dimensões constitucionais e exige decisões jurídicas constitucionais”.

As necessidades sociais, portanto acabam por gerar meios de redução da complexidade, a partir do surgimento de novos atores, dotados de constituições próprias as suas esferas, o que ocasiona, por conseguinte uma redução da capacidade regulatória dos Estados, que já não consegue responder, de forma condizente aos anseios globais³⁵.

Igualmente, é possível se constar que trate-se esse fenômeno de um acontecimento circular em vários sentidos, ou seja é circular em relação à natureza do objeto a ser analisado, sobre os observadores que estudam a natureza do objeto e, também acerca da ausência de um campo de estudo específico da globalização do Direito³⁶.

A sociedade contemporânea fragmentada, portanto, é responsável por impulsionar a globalização de seus diferentes discursos fragmentados, em outros verbos é auto inquestionável o fato da mundialização seguir os mesmos passos evolutivos da sociedade, uma vez que tratase essa de uma organização própria.

32 SAWAYA, Rubens R. REFORMANDO A GLOBALIZAÇÃO: criação de uma governança global independente. *Estud. Av. São Paulo*, vol 21, nº 59, 2007, p. 369. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100029&lng=en&nrm=iso>

33 ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. *Op. cit.*, p. 43

34 TEUBNER, Günther. *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*. *Op. cit.*, p. 107.

35 Ídem.

36 GARAVITO, César Rodríguez. Navegando la Globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed.). *El Derecho en América Latina: un ma-pa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011, p. 81.

Diante desse fato, é possível se asseverar que o(um) direito mundial se desenvolve a partir das periferias sociais, isto é das zonas de contato para com outros sistemas sociais, e não do centro dos Estados soberanos³⁷, tal situação pode ser observada através do fato da sociedade global começar a desenvolver seus próprios sistemas jurídicos constitucionais, os quais embasam a sua própria sustentação.

Gunther Teubner escreve a respeito desse novo sistema jurídico que:

O que observamos aqui é um discurso jurídico auto-reprodutor de dimensões globais que cerra as suas fronteiras mediante recurso ao código binário “direito/não-direito” (Recht/Unrecht) e reproduz a si mesmo mediante o processamento de um símbolo de vigência global (não: nacional). O primeiro critério – codificação binária – distingue o direito global de processos econômicos e outros processos sociais. O segundo – vigência global – delimita o direito global de fenômenos jurídicos nacionais e internacionais. Ambos os critérios são instrumentos da observação de segundo grau, conforme mencionado anteriormente. Assim, o direito observa as suas próprias observações em seus ambientes dos ordenamentos jurídicos nacionais e do sistema social global³⁸.

O processo evolutivo do sistema jurídico, dessa forma esta diretamente relacionado ao desenvolvimento do ordenamento jurídico internacional, que dentre os segmentos do direito é o que está melhor se adaptando ao atual cenário social global, bem como ao fato de estarem se multiplicando os sujeitos de direito internacionais não estatais³⁹.

A fragmentação constitucional, portanto proporciona a comunicação por meio de outros sistemas funcionais aquém dos tradicionais, o que, logicamente, nos direcionaria a colisões constitucionais pré-definidas, mas não impossibilita o reconhecimento da existência dessas, que igualmente não diminuem sua capacidade de solucionar conflitos normativos internos, tendo em vista serem essas consequências de uma reflexividade dupla das agitações da sociedade mundial a qual está em vias de se tornar uma sociedade constitucional internacional, que não deve ser percebida como um Estado Mundial, mas sim, como um modelo universal de organização social fragmentada⁴⁰.

37 TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. *Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas*. vol 14, nº 33, 2003, p. 14. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/impulso/issue/archive>>

38 TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. Op. cit., p 18.

39 ZOLO, Danilo. *Globalização: Um Mapa dos Problemas*. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 77.

40 TEUBNER, Günther. *Fragments Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*. Op. cit., p. 267 - 270.

É certo que um modelo como esse se encontra, ainda, em fase de gestação, contudo, o que está aqui em discussão não a implementação dessa organização, mas sim a análise de possibilidade de adoção, a qual até então somente tinha sido imaginado na especulação filosófica ou ideológica, mas já começa a se dismestificar em sistemas como por exemplo o da ecologia e da economia, que através da determinação de interesses comuns a todos os povos e nações, anseia um novo sistema jurídico, necessariamente universal⁴¹.

Apesar disso, é imperioso destacarmos que o medo de errar nesse modelo social para onde a sociedade se encaminha, seguramente é o seu maior demônio, o qual está incubado nas entranhas de nossa sociedade aberta. A altíssima insegurança presente na incerteza de nosso futuro, cria e alimenta esse monstro, que, inevitavelmente nascerá, caso não busquemos a mudança desse sentimento de impotência instigado pelo fato de não aparentarmos estar no controle de nossas vidas e grupos sociais, assim como dos assuntos relevantes a nossa comunidade e do controle do nosso planeta⁴².

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA INTERNACIONAL

Para haver a aceitação da fragmentação e, por conseguinte, a adoção de sistema jurídico mundial que se consolidaria através de um Tribunal de Justiça Internacional, não menos importante é a necessidade de se conquistar apoio dos sistemas sociais internos, em especial do sistema do Direito, através dos Tribunais Superiores dos Estados soberanos⁴³. Contudo, isso somente poderá ocorrer através do aumento da irritabilidade sobre os Estados Nacionais, em face desses meios fragmentados, que levarão, conseqüentemente, a mudanças constitucionais internas, o que exigiria mudanças na forma de pensar e julgar dos respectivos Tribunais Superiores.

Essa irritabilidade assistiria, portanto na geração de um processo evolutivo relevante ao aduzido sistema jurídico interno de cada país soberano, os quais passariam então a assimilar não apenas a existência desse organismo, como também a uma maior possibilidade de auxílio as cortes supremas nacionais, que estariam repletas de vícios internos, se comparados aos anseios da sociedade mundial, o que em outras palavras poderia ser compreendido como o fato do sistema do Direito direcionar-se ao distanciamento de situações injustas e não à perfeição de situações justas⁴⁴.

Além disso, pode-se constatar que a adoção de uma instituição supranacional poderia vir auxiliar, como mencionado anteriormente os mais

41 BARRETTO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas. Op. cit., p. 228.

42 BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 167.

43 TEUBNER, Günther. Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização. Op. cit., p. 110 e 111

44 *Ibid*, p. 265.

diversos países a enfrentar os mais diversos problemas internos existentes de cunho global, como por exemplo a atual crise de saúde enfrentada por quase todos os Estados Nacionais, em virtude da patógeno COVID-19⁴⁵. Nessa esteira, Mariana Peña-Pinon, escreve a respeito da possível adoção de um órgão judicial supranacional e de características que esse precisaria ter que:

órgãos próprios que possam promulgar atos secundários obrigatórios vinculantes aos Estados Partes da organização e diretamente aplicáveis em suas ordens jurídicas internas; a transferência de competências, que são estatais, para os órgãos do modelo de integração e o estabelecimento de uma instituição jurisdicional com competência exclusiva para interpretar a lei decorrente desse sistema e controlar sua aplicação uniforme⁴⁶.

Contudo, é imperioso aqui se destacar que com tal adoção, diversos seriam os sistemas sociais que passariam por irritações sistêmicas internas profundas, pois “quando cogitamos a abertura dos sistemas para algo novo, há sempre uma grande agitação em seu interior diante da elevação da insegurança e dos riscos”⁴⁷.

Não obstante a relevância desses outros sistemas e o impacto da subordinação de suas Nações a tal organismo judicial supranacional, temos que os sistemas que mais seriam impactados com uma adoção seriam o político e o sistema do Direito, uma vez que essa agitação, claramente, ocasionaria mudanças no código dos aludidos sistemas⁴⁸.

Diante desse fato, imperioso se é destacar que, contemporaneamente os Estados soberanos não se encontram preparados para reconhecer tal subordinação a uma organização supranacional judicial, pois encontram-se profundamente enraizados em um autoritarismo colonial⁴⁹. Werner Miguel

45 OMS. *Organização Mundial de Saúde. Relatório Mundial Coronavírus (COVID-19)*. Genebra: OMS, 2020. Disponível em: <<https://covid19.who.int>>

46 [...] organes pouvant édicter des actes droit dérivé obligatoires pour les États parties à l'organisation et directement applicables dans leurs ordres juridiques internes; le transfert des compétences, autrement étatiques, en faveur des organes du modèle d'intégration et la mise en place d'une institution juridictionnelle dotée de la compétence exclusive pour interpréter le droit issu de ce système et contrôlant son application uniforme. [...]. (Tradução nossa.). PEÑA-PINON, Mariana. Une cour de justice pour le Mercosur? Vraies-fausse avancées vers une institutionnalisation renforcée. *Revue québécoise de droit international*, n° 25, p. 150. Disponível em: <https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/25-1_5_Pena-2012, Pinon1.pdf>

47 JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietico. Op. cit., p. 47.

48 ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. DESAMOR E MEDIAÇÃO: Releitura sistêmica da ecologia do desejo de warat. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. 2014, vol. 30, n° 2, p. 117. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/site/revistafdsu2/resultado_revista.php?artigo=142>

49 THORNHILL, Chris; CALABRIA, Carina Rodrigues de Araújo. O direito internacional e o futuro da democracia. *Revista da Agu*. 2018, , vol 17, n° 01, p. 43. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2192/1849>>

Kühn Baca, a respeito dessa situação escreve que:

A falta de segurança jurídica é prejudicial à sobrevivência de um sistema de integração a longo prazo. A fim de despolitizar as disputas e fortalecer o sistema jurídico, em benefício dos cidadãos, a idéia de criar um tribunal de justiça permanente foi proposta por vários estudiosos do direito. Uma das principais preocupações era a necessidade de assegurar a interpretação e aplicação uniformes da lei. Temia-se que deixar aos tribunais nacionais a interpretação da lei à luz de suas próprias tradições jurídicas e usar suas metodologias levaria a uma situação na qual a lei não teria a mesma validade ou efeito em cada Estado-Membro⁵⁰.

Dessa forma, observamos que o principal problema, conforme demonstrado gira em torno de que ao prosseguirmos o atual modelo judicial, para solução de situações globais, estaríamos a mercê de divergências graves de interpretação, não apenas das normas, mas principalmente das respostas aos casos, fato esse que se daria diante das diferenças culturais, assim como das diferenças constitucionais existentes⁵¹.

Noutra senda, mas igualmente importante, é imperiosa a realização de um pequeno destaque em relação a possibilidade de tal subordinação, isto é existem correntes doutrinárias, que vem a adoção de tal órgão judicial supranacional estaria ferindo o princípio da soberania do Estado, contudo com todo respeito a essa corrente doutrinaria, a é justamente esse esse o motivo que autorizaria tal subordinação, uma vez que é, precisamente em virtude desta base, que os estados poderiam vir a delegar possíveis competências, através da adoção de uma cláusula de habilitação e eventuais reformas constitucionais⁵².

Em suma, uma coisa é certa, ainda estamos longe de conseguir adotar um órgão supranacional judicial, contudo é importante se destacar que

50 Lack of legal certainty is detrimental to the survival of an integration system in the long run. In order to depoliticise disputes and to strengthen Mercosur's legal system for the benefit of the citizens, the idea of creating a permanent court of justice of Mercosur was proposed by various legal scholars. A major concern was the need to ensure the uniform interpretation and application of Mercosur law. It was feared that leaving it to the national courts to interpret Mercosur law in light of their own legal traditions and using their methodologies would lead to a situation, in which Mercosur law would not have the same validity or effect in each Member State [...]. (Tradução nossa.). KÜHN BACA, Werner Miguel. El proyecto de protocolo relativo a la creación de un Tribunal de Justicia del Mercosur. Un hito en la judicialización del derecho de integración regional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2017, vol 7, p. 415. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/11041>>

51 PEÑA-PINON, Mariana. Une cour de justice pour le mercosur? Vraies-faussees avancées vers une institutionnalisation renforcée. Op. cit., p. 151.

52 Le principe de souveraineté étatique [...] du fait de cette adhésion puisque c'est précisément sur ce fonde-ment que les États peuvent appartenir à l'organisation et déléguer des compétences [...]. (Tradução nossa.). PEÑA-PINON, Mariana. Une cour de justice pour le mercosur? Vraies-faussees avancées vers une institutionnalisation renforcée. Op. cit., p. 151 e 152.

diante da elevada complexibilidade social, a adoção de um Tribunal de Justiça Internacional se faz sim, cada vez mais necessária, não como um instrumento de solução de matérias unicamente comerciais, mas sim de demandas sociais, com intuito de aumentar o bem-estar social dos cidadãos sul-americanos⁵³, auxiliando assim os Estados Nacionais, na fuga do paradoxo em que se encontram, culminando na adaptação/evolução da sociedade global⁵⁴, para outro nível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente ensaio, buscou-se despertar no leitor reflexões a respeito da (im)possibilidade de adoção de um órgão judicial supranacional, diante dos cada vez mais presentes problemas sociais globais. Para tanto, inicialmente abordou-se a noção de sociedade complexa, passando-se pelo fato dessa atualmente ser composta de diversos sistemas sociais, que diante de suas dimensões acabam por gerar irritações aos demais sistemas sociais, os quais urgem por soluções locais a seus Estados, que não conseguem mais responder a altura.

Posteriormente, se expos o fato de existirem, em especial no sistema do Direito, fragmentos de constituição conectados a outros sistemas sociais, os quais impulsionam a sociedade contemporânea, cada vez mais a um mundo globalizado, o que só pode ser constatado diante da realização de observações de segunda ordem.

Diante de tais fatos, podemos então chegar ao cerne de nosso estudo, qual seja a análise da (im)possibilidade de adoção de um tribunal de justiça internacional, o qual por mais complexo que possa se demonstrar ser, precisa ser melhor observado e debatido, tendo em vista que o sistema do Direito encontre-se em evolução, para algo novo, onde não há mais espaço para dúvidas locais, como se era necessário na sociedade moderna. Esse novo ideal de sistema passa pela a nosso ver pela necessidade de adoção de um órgão judicial supranacional, o qual responderia as necessidades globais, tendo em vista estar distanciando dos problemas locais, os quais permaneceriam sendo debatidos na esfera local, é claro que “esse novo modelo. Certamente, ainda possui riscos pois, ainda, não encontra-se totalmente consolidado”⁵⁵, no plano das idéias.

Alem disso, é possível se destacar que não apenas o sistema, mas as próprias democracias nacionais, estejam atravessando esse processo de evolução, embora não seja auto-reconhecidos, em direção a um novo sistema

53 FERNANDES, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. A mediação waratiana como forma de consolidação do Mercosul: A Busca por uma Efetiva Integração Social. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. 2021, vol 17, p. 255. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9616>>

54 JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietico. Op. cit., p. 47.

55 THORNHILL, Chris; CALABRIA, Carina Rodrigues de Araújo. O Direito internacional e o futuro da democracia. Op. cit., p. 43 e 44.

de integração, composto por uma sociedade que será feita de indivíduos fluidos⁵⁶.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

FERNANDES, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. A Mediação waratiana como forma de consolidação do Mercosul: a busca por uma efetiva inte-gração social. *Revista direitos humanos e democracia*. 2021, vol 17. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9616>>

GARAVITO, César Rodríguez. Navegando la Globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed.). *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens - Uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: L&PM, 2018.

JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiético. *Rev. Fac. Der. Montevideo*. 2017, nº 43. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652017000200032&lng=es&nrm=iso>

KÜHN BACA, Werner Miguel. El proyecto de protocolo relativo a la creación de un Tribunal de Justicia del Mercosur. Un hito en la judicialización del derecho de integración regional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2017, vol 7, 2017. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/11041>>

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª ed. [S.l.]: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Introdução a teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Herder, 1997.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

56 ROUSSEAU, Dominique. O Direito constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 2016, vol 08, nº 03, p. 270. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.83.01>>

DARÍO RODRÍGUEZ, M. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. In: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2ª ed. México: Herder, 2005.

OMS. Organização Mundial de Saúde. *Relatório Mundial Coronavirus (COVID-19)*. Genebra: OMS, 2020. Disponível em: <<https://covid19.who.int>>

PEÑA-PINON, Mariana. Une cour de justice pour le mercosur? Vraies-fausse avancées vers une institutionnalisation renforcée. *Revue québécoise de droit international*. 2012, n° 25, 2012. Disponível em: <https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/25-1_5_Pena-Pinon1.pdf>

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, vol 05, n°. 02, 2013b. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>

ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; CLAM, Jean. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de warat. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. 2014, vol 30, n° 2, 2014. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/site/revistafdsu2/resultado_revista.php?artigo=142>

ROUSSEAU, Dominique. O Direito constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 2016, vol 08, n° 03. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.83.01>>

SAWAYA, Rubens R. REFORMANDO A GLOBALIZAÇÃO: criação de uma governança global independente. *Estud. Av. São Paulo*. 2007, vol 21, n° 59. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000100029&lng=en&nrm=iso>

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. *Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas*.

Piraciaba. 2003, vol 14, nº 33. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/impulso/issue/archive>>

TEUBNER, Günther. *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização*. Ed. Marcelo Neves [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016.

THORNHILL, Chris; CALABRIA, Carina Rodrigues de Araújo. O direito internacional e o futuro da democracia. *Revista da AGU*. 2018, vol 17, nº 01. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2192/1849>>

TWINING, Willian. *Globalização e estudos jurídicos*. Meirtun. Belo Horizonte, v. 7, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1199>>. Acesso em: 23 Abr. 2020.

ZOLO, Danilo. *Globalização: Um Mapa dos Problemas*. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.



Social complexity for the adoption of an International Court of Justice

Abstract: Global social problems are something more and more common considering that contemporary society is no longer local, based on this fact, it is understood that the adoption of a supranational legal order can become a possible solution to these problems. - claiming that global problems demand equally global solutions. Therefore, to carry out a clear investigation of the facts, we intend to use the Theory of Autopoietic Social Systems of Niklas Luhman, as the basic theory for this study, accompanied by the inductive research method, as well as the review of national and international bibliographies, in order to arrive at an answer, to (im) possibility of adopting a supranational jurisdiction, which in theory has only been considered within the scope of ideas up to the present.

Keywords: Systematic Theory, Constitutional Fragments, International Law, International Court of Justice, Globalization.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Pedro Ernesto Neubarth Fernandes, Mestre em Direito Público, pela Unisinos (2018). Especialista/MBA em Gestão, pela FGV (Fundação Getúlio Vargas, 2021). Graduado em Direito pela Universidade Feevale (2015). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Pesquisador. Advogado. E-mail: pedroneubarth@gmail.com.

Leonel Severo Rocha, Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982), Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) e Pós- doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), bem como é Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), estabelecendo Convênio PROCAD. Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, trabalhando principalmente os seguintes temas: Teoria dos Sistemas Sociais e Teoria do Direito.

Empresas y Derechos Humanos: ¿Presencia en la agenda programática del MERCOSUR?

Negócios e direitos humanos: Presença na agenda programática do MERCOSUL?

Luis Fernando Castillo Argañarás* 

Agustina N. Vazquez** 

Resumen: Los derechos humanos son el marco de efectivo de protección para el desarrollo de la persona; su reconocimiento por parte del Estado implica su garantía para el goce y ejercicio. Sin embargo, resultaría incompleto un análisis que no integre la actividad empresarial.

Con el advenimiento de globalización, los avances tecnológicos, las nuevas potencias emergentes y el desdibujado de las fronteras, el mantenimiento del orden internacional presentó nuevos desafíos que fueron respondidos en los distintos niveles de integración.

Con especial énfasis, desde los años noventa y al comienzo del milenio, encontramos una preocupación común respecto de las consecuencias de la actividad empresarial en los Derechos Humanos. Preocupación que se tradujo en una creciente agenda temática en distintos organismos internacionales.

El rol de las empresas, como típicos actores de la economía doméstica, comenzó a cuestionarse en el contexto de la globalización, y su actuación transfronteriza introdujo nuevos desafíos al marco político y jurídico operante a nivel nacional. Las Naciones Unidas hicieron eco institucional de esta situación a partir del año 2005. Sin embargo, en el MERCOSUR demoró una década más.

En este contexto, el presente artículo busca responder al interrogante: ¿qué lugar tiene el tema Empresa y Derechos Humanos en la agenda del MERCOSUR? La respuesta a dicha pregunta se dará mediante el análisis diacrónico de los hitos programáticos del MERCOSUR en materia de Derechos Humanos

* Universidad Argentina de la Empresa (UADE), Argentina. Email: lcastillo@uade.edu.ar

** Universidad de Buenos Aires, Argentina

Recibido: 06/09/2021. Aceptado: 27/10/2021.



Resumo: Os direitos humanos são a estrutura efetiva de proteção para o desenvolvimento da pessoa; o seu reconhecimento pelo Estado implica a sua garantia para o gozo e exercício. No entanto, uma análise que não integre a atividade empresarial seria incompleta.

Com o advento da globalização, os avanços tecnológicos, as novas potências emergentes e a indefinição das fronteiras, a manutenção da ordem internacional apresentou novos desafios que foram respondidos em diferentes níveis de integração.

Com especial destaque, desde os anos noventa e no início do milênio, encontramos uma certa preocupação comum quanto às consequências da atividade empresarial para os Direitos Humanos. Preocupação que resultou em uma agenda temática crescente em diferentes organismos internacionais. O papel das empresas, enquanto atores típicos da economia nacional, passou a ser questionado no contexto da globalização, e a sua atuação transfronteiriça introduziu novos desafios ao enquadramento político e jurídico que opera a nível nacional. As Nações Unidas fizeram eco institucional dessa situação a partir de 2005. MERCOSUL, dez anos depois. No entanto, ao mesmo tempo em que encontramos um acréscimo permanente ao tema na agenda de Direitos Humanos das Nações Unidas e um interesse progressivo no âmbito interamericano, o MERCOSUL apresenta uma estratégia para se distanciar ainda mais do tema. Nesse contexto, este artigo busca responder à pergunta sobre se existe ou não uma agenda de Empresas e Direitos Humanos no MERCOSUL. A resposta a esta pergunta será feita por meio da análise diacrônica dos marcos programáticos do MERCOSUL na área de Direitos Humanos.

Palabras clave: Empresas, Direitos Humanos, Mercosur, Agenda.

Palavras-chave: Empresas, Derechos Humanos, MERCOSUR, Agenda.

1. INTRODUCCIÓN

Remontándonos a la década de los '70 del pasado siglo XX, encontramos que fue en 1972, durante la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), que se comenzó a utilizar el vocablo "empresas transnacionales" en el léxico internacional. Se discutía en dicha ocasión la posibilidad de crear un Código de Conducta para empresas transnacionales¹.

A posteriori, en 1977 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales. Estos y otros antecedentes fueron tenidos en cuenta por John Ruggie, representante especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos para elaborar los principios; casi tres décadas después².

¹ LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford : Oxford University Press, 2008.

² En sentido coincidente, HASSAN, Kamal ; SERAJI, Mostafa. "Addressing Workers' Freedom

El trabajo superador de Ruggie presentará preceptos no vinculantes que erigirán sobre la base de los Derechos Humanos, una propuesta de trabajo aplicable a empresas transnacionales y nacionales. Los pilares de “Proteger, Respetar y Remediar” servirán para que los Estados construyan indicadores para evitar la vulneración de los Derechos Humanos, y exigir a las empresas que asuman sus obligaciones y compromisos nacionales e internacionales y busca remediar a las víctimas de actividades empresariales.

Toda empresa, de cualquier sector de la economía, de capital privado o estatal, tiene impactos y responsabilidades de derechos humanos. De acuerdo al Informe sobre la Inversión Extranjera directa en América Latina y el Caribe 2020 de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el país de la región que más flujo de inversión extranjera recibió fue Brasil que en el año 2019 se estableció en el orden del 43% del total. Por su parte, el World Investment Report 2020 elaborado por UNCTAD señala que en el año 2019, la inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe creció un 10% situándose en U\$S 164 billones; aunque se subraya que en el año 2020 esta inversión de empresas extranjeras disminuirá debido a los efectos de la pandemia.

Estos datos sirven para poner de manifiesto el protagonismo de estos actores en la región. Así, se puede subrayar que las corporaciones transnacionales “cuentan con el suficiente poder económico para crear un flujo transfronterizo inacabable de inversiones, factores de producción, financieros y tecnológicos, generando una cadena de valor a nivel internacional”³.

La integración económica que propone la dialéctica mercosureña, provee un espacio común donde las empresas tendrán libertad de circulación de bienes, personas y servicios: en otras palabras, un espacio común donde se alienta el ejercicio económico de las empresas, que probablemente tendrán injerencia en el disfrute de los Derechos Humanos de las comunidades donde operan.

Las corporaciones tienen el deber de respetar los derechos humanos y esto significa “esencialmente no violar los derechos de los otros – sencillamente – no dañar”⁴. En ese orden de ideas, Ruggie propone un enfoque “de ‘debida diligencia’ por el cual las empresas deben garantizar que sus actividades no tengan un impacto negativo sobre los derechos

of Association and its Dispute Resolution in the Context of the Shari’ah”. *Human Rights Review* . 2013, vol 14, nº 2, p. 89-105. DOI 10.1007/s12142-013-0263-5; RIVERA, Humberto Cantú. “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2015, vol 15, nº 1, p. 611-658. DOI 10.1016/j.amdi.2014.09.011.

3 WAHI, Namita. “Human Rights accountability of the IMF and the World Bank: a critique of existing mechanisms and articulation of a theory of horizontal accountability.” *University of California, Davis Journal of International Law*. 2016, vol 12, nº 331, p. 333-405.

4 BILCHITZ, David, “El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?” *Sur*, 2021, vol 7, nº 12, Junio 2021, p. 213. Disponible en: < <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf> >

humanos”⁵. Las corporaciones, con un accionar diferenciado del Estado, en muchas ocasiones realizan actos que podrían encuadrar en violaciones a los derechos humanos. La jurisprudencia internacional, especialmente en el ámbito de la comisión interamericana, señala un camino receptivo en esta dirección.

En este contexto, corresponde preguntarse, ¿qué lugar tiene la regulación de la actividad empresarial potencialmente nociva de los Derechos Humanos en la agenda del MERCOSUR? La respuesta a dicha pregunta se dará mediante el análisis diacrónico de los hitos programáticos del MERCOSUR en materia de Derechos Humanos.

2. DESARROLLO

2.1. Derechos Humanos y empresas

Avilés Hernandez y Mesenguer Sanchez señalan que las empresas pueden tener consecuencias en la totalidad de las cuestiones de derechos humanos de manera positiva o negativa, incluyendo la discriminación, el acoso sexual, la seguridad y salud ocupacional, la libertad de asociación y de conformar sindicatos, la violación, la tortura, la libertad de expresión, la privacidad, la pobreza, el derecho a la alimentación y al agua, la educación y la vivienda⁶.

El preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) llama a que “tanto los individuos como las instituciones” promuevan y respeten los derechos humanos. Aunque la obligación principal de proteger los derechos humanos sigue siendo de los gobiernos nacionales, las empresas tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos en sus operaciones.

Entiende Christian Sommer que además de la Declaración Universal, los dos tratados vinculantes de derechos humanos a nivel mundial –Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– de 1966, Organismos internacionales como la ONU y la OEA, han adoptado convenciones temáticas sobre los derechos de las mujeres, los niños y niñas, los trabajadores migratorios y sus familias y las personas con discapacidad, y a estar libres de prácticas de genocidio, discriminación racial y de torturas⁷.

Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, ha adoptado numerosos convenios sobre los derechos de las trabajadoras y los trabajadores, entre ellas uno específico sobre Pueblos Indígenas y Tribales en cualquier lugar del mundo. A pesar de todos estos instrumentos, no existe

5 Idem.

6 AVILES HERNANDEZ, Manuela; MESENGUER SANCHEZ, Juan. *Empresas, derechos humanos y RSC. Una mirada holística desde las ciencias sociales y jurídicas*. Navarra : Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

7 SOMMER, Christian G. “En la búsqueda de acercar brechas: comentarios sobre las recientes Reglas de La Haya sobre arbitraje que involucre a empresas y derechos Humanos”. *Inversiones, empresas y Derechos Humanos*. 2021, vol 1, p. 75–100.

aún un mecanismo universal e internacional para las víctimas de abusos de derechos humanos que permitan presentar quejas contra empresas.

En el año 2000 las Naciones Unidas lanzaron el Pacto Global de la ONU como iniciativa voluntaria en la que las empresas participantes se comprometen a alinear sus operaciones con nueve principios relativos a los derechos humanos, laborales, ambientales y contra la corrupción. Miles de empresas participan actualmente en el Pacto Global pero, como lo indica el propio Pacto Global, su carácter no es jurídicamente vinculante (obligatorio) y no juzga el desempeño de las empresas⁸.

En 2005, la Comisión de Derechos Humanos, dentro de la estructura institucional de las Naciones Unidas aprobó una Resolución, en la que se pedía el nombramiento de un representante especial del Secretario General (SRSJ, por sus siglas en inglés) para definir y aclarar las normas de responsabilidad y rendición de cuentas aplicables a las empresas transnacionales y otras entidades comerciales, en lo relativo a los derechos humanos.

El marco conceptual de las Naciones Unidas denominado “Proteger, Respetar y Remediar” fue elaborado por el SRSJ, y presentado al Consejo de Derechos Humanos en 2008. Sobre la base de este marco, el SRSJ elaboró los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRNU), que fueron adoptados por unanimidad en el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2011.

Estos Principios Rectores proporcionaron la primera normativa de alcance mundial para prevenir y abordar el riesgo de que las actividades empresariales repercutan negativamente sobre los derechos humanos. Actualmente, siguen siendo el marco de trabajo aceptado por la comunidad internacional para reforzar la normativa y las prácticas en lo relativo a las empresas y los derechos humanos.

El Marco Ruggie está integrado por tres pilares “que pueden auxiliar a mitigar el problema de las lagunas de gestión o gobernabilidad que crean un entorno permisivo de actos violatorios de derechos humanos” . En ese orden de ideas, los tres pilares son: 1) el deber estatal de proteger, 2) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, 3) el acceso a los remedios.

En relación con el primer pilar, el SRSJ considera que “las obligaciones internacionales de derechos humanos exigen que los Estados respeten, protejan y realicen los derechos humanos de las personas que se encuentren en su territorio y/o jurisdicción. Esto incluye, el deber de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, incluidas las empresas”.

Con respecto al segundo pilar, Ruggie estima que “las empresas

⁸ AYUSO, Silvia; MUTIS, Juliana. “El Pacto Mundial de las Naciones Unidas - ¿una herramienta para asegurar la responsabilidad global de las empresas?”. *Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad* . 2010, vol 4, nº 2, p. 28-38. DOI 10.3232/ GCG.2010. V4.N2.02.

pueden asumir otros compromisos o llevar a cabo otras actividades para apoyar y promover los derechos humanos y contribuir a mejorar el disfrute de los derechos”⁹.

El SRSRG, en el tercer pilar, considera que “si los Estados no adoptan las medidas necesarias para investigar, castigar y reparar las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas cuando se producen, el deber de protección de los Estados puede debilitarse e incluso carecer de sentido”¹⁰.

Por su lado, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) dispone de un mandato para coordinar la agenda de las organizaciones y los derechos humanos en el sistema de la ONU y, en participación con el Conjunto laboral sobre Organizaciones y Derechos Humanos, llevar a cabo orientaciones y capacitaciones relativos a la difusión y aplicación de los Principios Rectores de la ONU sobre las organizaciones y los derechos humanos (A/HRC/RES/21/5).

Desde 2014, la Oficina del ACNUDH viene ejecutando una importante iniciativa, el “Proyecto sobre rendición de cuentas y reparación”, cuyo propósito es reforzar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones cuando las empresas incurren en graves vulneraciones de derechos humanos.

Es decir, que desde el 2011, la comunidad internacional cuenta con un nuevo instrumento para tratar de revertir los efectos negativos de la actividad empresarial: *Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, empresas transnacionales y otras empresas comerciales*¹¹ y desde 2014, en el ámbito de la ONU se está trabajando en un *borrador de Tratado Internacional* sobre la materia¹². Aunque los Principios Rectores no tienen un carácter obligatorio jurídicamente, el borrador de tratado sí está orientado en ese sentido.

La Oficina del Alto Comisionado también apoya y asesora al Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, un mandato de Procedimientos Especiales compuesto de cinco expertos independientes, con una representación geográfica equilibrada. El Grupo de Trabajo orienta la labor del Foro sobre empresas y derechos humanos, una reunión de carácter anual que es la mayor del mundo en materia de empresas y derechos humanos.

Asimismo, la Oficina del Alto Comisionado sirve de secretaría al Grupo de trabajo intergubernamental de estructura abierta sobre las organizaciones transnacionales y otras organizaciones con con relación a los derechos humanos, que fue creado para elaborar una herramienta universal legalmente vinculante para regular, en el marco del derecho universal de los derechos humanos, las ocupaciones de las corporaciones transnacionales y

9 *Ibíd*em, p. 15

10 *Idem*, p. 25.

11 Naciones Unidas. *Principios Rectores en materia de Empresas y Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas*. Ginebra : [s. n.], 2011.

12 Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas “Legally binding instrument to regulate”. Ginebra. 2018.

otras organizaciones.

Además, el Alto Comisionado colabora permanentemente con asociados tales como la Oficina del Pacto Mundial de las Naciones Unidas (y sirve de “guardián” de los Principios de Derechos Humanos del Pacto Mundial), la OCDE (específicamente en lo relativo a las Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales), la OIT (que tiene una Declaración Tripartita, sobre empresas multinacionales) y otros, en lo relativo a la elaboración de herramientas y directrices para las empresas y otros interesados pertinentes con miras a integrar los derechos humanos en el mundo empresarial.

En este sentido, el Sistema de Naciones Unidas ha capturado la esencia del papel de las empresas en el efecto sobre los Derechos Humanos de las personas con las que interactúa, tanto individual como colectivamente, así como la relación de estos entes con los Estados en los que se localizan sus actividades. Por ello, se evidencia la multiplicidad de instrumentos internacionales consensuados por la comunidad internacional, que pretenden lograr, mediante la cooperación, marcar estándares regulatorios para la temática. Entre la multiplicidad de instrumentos relevantes, por su parte, encontramos la Agenda de Desarrollo Sostenible, mejor conocida como los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS); que han aportado su contrapunto de debate en los últimos 5 años.

Si bien la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible está basada explícitamente en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, su propósito ha sido el de proponer objetivos cuyo cumplimiento reportan esencialmente los Estados, y no constituyen en sí un aporte a la discusión sobre la protección de los Derechos Humanos en el marco de la actividad empresarial.

La Agenda 2030, sancionada por la Asamblea General en año 2015, pone de relieve que el sector empresarial es un socio clave para las Naciones Unidas y los gobiernos en el logro de los ODS. En particular, el objetivo 17 habla de revitalizar las alianzas mundiales para el desarrollo sostenible, incluidas las asociaciones público-privadas; sin embargo, no ha adoptado siquiera el argot utilizado por la misma organización en su discusión de la actividad empresarial y su implicancia en los derechos fundamentales.

De hecho, advirtió la propia Organización mundial en el 2017, un serio déficit para conjugar agendas dialécticamente cercanas: mientras que los Principios Rectores establecen una serie de consideraciones para que los Estados actúen garantizando la coherencia en áreas políticas orientadas a las empresas relacionadas con el desarrollo sostenible; los ODS se sitúan en una línea discursiva más cercana a *“utilizar su control e influencia como actores económicos para promover el respeto de los derechos humanos”*¹³.

13 Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas Information note: *La dimensión de las empresas y los derechos humanos en el desarrollo sostenible: incorporando “proteger, respetar y remediar” en la aplicación de los ODS. Ginebra. 2017.* Disponible: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations_SP.pdf.

De forma simultánea, en diciembre de 2017, en ocasión de la participación de la Comisión Interamericana (CIDH) en la III Consulta Regional sobre Derechos Humanos y Empresas celebrada por la Oficina Regional ACNUDH y el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas, encontramos una nueva capilaridad de la agenda de “empresas y derechos humanos” a partir de la generación – dentro del órgano americano – un espacio de diálogo incipiente con Estados, sociedad civil/academia y representantes empresariales¹⁴.

Siendo que los principios y normas del Sistema Universal también se aplican a la región, el trabajo de la CIDH se plantea como la génesis de una mirada regional de los estándares en materia de derechos humanos y empresas, que tomen como centro los compromisos asumidos en el marco de nuestro sistema regional de protección de los derechos humanos¹⁵.

En ese sentido, es importante hacer mención a la Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) aprobada en la segunda sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 14 de junio de 2016, mediante la cual se solicita a la CIDH “realizar un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del sistema interamericano”, lo que podrá servir de insumo para los esfuerzos realizados por los Estados Miembros en varias iniciativas nacionales e internacionales en tal esfera.

El tópico no resultó indiferente a los órganos del sistema interamericano, quienes ya habían reconocido reiteradamente que, en determinadas circunstancias, puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por particulares, lo que incluye claramente a las empresas privadas¹⁶.

Con una marcada incidencia en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA, en lo sucesivo), tales como el derecho a la salud, al agua, al medio ambiente sano, a la consulta previa e informada de pueblos indígenas, al trabajo y a la seguridad social; encontramos que la Comisión Interamericana -principalmente- y en menor medida, la Corte IDH, han consolidado lentamente esta noción a la par que se discute la subjetividad internacional de las empresas multinacionales en el seno de la teoría del Derecho Internacional Público¹⁷.

14 VAZQUEZ, Agustina; OSORIO, Juan; MARCOTE, Natacha. “Los tratados bilaterales de inversión desde la perspectiva de la convención de Viena de Derecho de los Tratados: un camino hacia la “defragmentación” del Derecho Internacional. *Revista Misión Jurídica* . 2021, nº 20, p. 100-132. DOI 2661-9067.

15 CANTÚ RIVERA, Humberto. “The Mexican Judiciary’s Understanding of the Corporate Responsibility to Respect Human Rights”. *Business and Human Rights Journal* . 2016, vol 1, nº 1, p. 133-138. DOI 10.1017/bhj.2015.13.

16 DORAN, Erin E. “Accountability, Pragmatic Aims, and the American University by Ana M. Martínez-Alemán.” *Human Rights Review*. 2014, vol 15, nº 3, p. 359-361. DOI 10.1007/s12142-014-0326-2.

17 ASSENZA, Conrado. Individual as Subject of international Jurisprudence . [S. l.] : Universidad de Heidelberg, 2010. Disponible en:< http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1_6.pdf>.

Sin embargo, los tiempos del MERCOSUR y la coordinación de agendas temáticas, señalaría un ritmo divergente para el avance del tópico en el foro regional.

2.2. Caracterización de las violaciones de Derechos Humanos por parte de la actividad empresarial

Independientemente de su tamaño, sector de actividad, contexto operacional, o estructural, las empresas desempeñan un papel ciertamente relevante en la vida política, económica y social de cualquier comunidad.

Aunque todas las empresas sin excepción tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, también es importante que los Estados tengan en cuenta determinadas variables clave al momento de cumplir con el diseño institucional aplicable según el supuesto específico que se trate, tales como: el impacto sobre los derechos humanos involucrados, las poblaciones afectadas en riesgo, el tamaño de la empresa, el sector económico, el tipo de actividad, el tipo de inversión, si se trata de una empresa estatal, etc. Tal diseño institucional debe ser considerado como un factor clave para el respeto y la garantía de los derechos humanos, no así como una carga burocrática para la empresa o como obstáculos al crecimiento económico.

No existe una definición taxativa de la violación a los derechos humanos por parte de las empresas: Los derechos humanos son normas básicas de tratamiento a las que tienen derecho todas las personas, independientemente de su nacionalidad, género, raza, situación económica o religión¹⁸. Si bien los principios de derechos humanos originalmente tenían la intención de limitar la acción estatal hacia individuos o grupos, varios principios de derechos humanos se relacionan directa o indirectamente con acciones del sector privado.

En los últimos años, se ha evidenciado un cambio en la percepción social de las empresas: muchas han enfrentado duros golpes a su reputación que se tradujo en su valor comercial¹⁹. Eso motivó a que algunas empresas, en su mayoría grandes multinacionales, hayan adoptado códigos de conducta corporativos u otros principios de derechos humanos y que han tomado medidas efectivas para hacer cumplir estas políticas han cosechado los siguientes beneficios:

- Mayor cumplimiento de las leyes locales e internacionales: Los principios de derechos humanos están contenidos en las leyes nacionales e internacionales. Asegurarse de que las operaciones comerciales sean coherentes con estos principios legales ayuda a las empresas a evitar desafíos legales a sus actividades globales²⁰.

18 DE SCHUTTER, Olivier (Ed.). *Transnational Corporations and Human Rights*. Oxford : Hart Publishing, 2014. DOI 10.5040/9781472563729.ch-008.

19 CANTÚ RIVERA, Humberto, Op. cit. 15.

20 En los últimos años, los tribunales estadounidenses han aceptado demandas que alegan que empresas multinacionales han contribuido a violaciones de derechos humanos, según reseña García Godos. Véase GARCÍA-GODOS, Jemima. "Victims' Rights and Distributive

- Promoción del estado de derecho: promover un mayor disfrute de los derechos humanos y evitar las prácticas comerciales que violan los derechos humanos puede contribuir a un mayor respeto al estado donde se conducen las operaciones empresariales. La aplicación de los principios de derechos humanos de manera exhaustiva, coherente e imparcial en las operaciones globales de una empresa puede contribuir al desarrollo de sistemas legales en los que los contratos se hacen cumplir de manera justa, el soborno y la corrupción son menos frecuentes y todas las entidades comerciales tienen el mismo acceso a los procesos legales y la misma protección ante la ley.

- Gestión de la cadena de suministro: las políticas de derechos humanos de muchas empresas están diseñadas para promover el cumplimiento por parte de sus socios comerciales globales de las normas de derechos humanos y laborales. Estas políticas también pueden servir como herramientas para ayudar a las empresas a seleccionar socios comerciales que estén bien administrados y sean confiables y que operen de manera ética. Las operaciones empresariales incluyen varios hitos más de los que probablemente se realicen bajo supervisión directa de una empresa. Su cadena de suministro incluye las operaciones de otras empresas, que de forma aisladas pueden no percibir una conducta lesiva, pero que a lo largo de la cadena, sí se verifica.

- Protección de la imagen de marca: en el mercado mundial, la imagen de una empresa es uno de sus activos más valiosos. A medida que los medios de comunicación globales prestan más atención a las prácticas de derechos humanos de las empresas, las políticas corporativas en derechos humanos posibilitan asociaciones positivas de la marca con sus posibles consumidores.

- Mejora de la gestión de riesgos: la previsibilidad es esencial para operaciones comerciales estables y productivas. La negación de los derechos humanos básicos a menudo conduce a trastornos sociales o políticos. Esto, a su vez, puede provocar conflictos laborales, acceso restringido a bienes y servicios o retrasos en el movimiento de productos terminados. Los Principios Rectores insisten expresamente en la incorporación de tareas de debida diligencia en las operaciones empresariales.

- Aumento de la productividad y la retención de los trabajadores: la protección de los derechos humanos y laborales de los empleados y los empleados de los socios comerciales conduce a una mayor productividad. Las empresas que evitan las violaciones de los derechos humanos y laborales también pueden reducir la rotación de

empleados y lograr una mayor calidad de los productos.

- Abordar las inquietudes de los accionistas: Lentamente, propios grupos de accionistas han solicitado ser informados sobre las políticas de impacto que implementan las empresas en las que invierten. Ya sea mediante códigos de conducta o por el abordaje de cuestiones específicas, tratar estas inquietudes de manera proactiva ayuda a resolver estas resoluciones de manera mutuamente satisfactoria.

- Satisfacer las preocupaciones de los consumidores: la mayor atención de los medios de comunicación al papel de las empresas en la protección de los derechos humanos también ha llevado a una mayor conciencia de los consumidores sobre el trato que reciben los trabajadores que producen bienes para el mercado mundial. Los datos de las encuestas sugieren que los consumidores evitarán los productos que asocian con prácticas abusivas o que se producen en países que se considera que cometen abusos generalizados contra los derechos humanos²¹. Abordar estos problemas de manera eficaz ayuda a garantizar que los consumidores no relacionen los productos de una empresa con tales infracciones.

- Establecimiento de una licencia para operar / buena voluntad de la comunidad: la presencia de una multinacional puede verse localmente como positiva o negativa. Evitar las violaciones de derechos humanos ayudará a mantener relaciones positivas con la comunidad en todas las áreas en las que una empresa tiene presencia o relaciones, lo que contribuirá a un entorno empresarial más estable y productivo.

- Evitar campañas negativas: En los últimos años, varias empresas se han convertido en el objetivo de campañas de organizaciones de derechos humanos, derechos laborales u organizaciones religiosas que destacan denuncias de abusos contra los derechos humanos. Estas campañas pueden causar un daño duradero a la reputación de una empresa y abordarlas requiere la intervención de la empresa controlante. La reputación de una subsidiaria puede rápidamente impactar de modo negativo en la controlante u otra subsidiaria. Las redes sociales, con su inmediatez, procuran eso. Establecer y hacer cumplir un enfoque significativo de los derechos humanos puede ayudar a evitar tales campañas y limitar su impacto en la empresa si ocurren.

- Aplicación de los valores corporativos: la negación de los derechos humanos básicos, puede traducirse en un obstáculo a la capacidad de una empresa para realizar sus negocios de manera coherente con sus valores declarados puede socavar la fe de los empleados y las partes interesadas externas en la integridad de la empresa.

Lo antes reseñado se aplica de forma general, global. En nuestra región,

21 MENA, Sébastien; DE LEEDE, Marieke; BAUMANN, Dorothée, et al. "Advancing the business and human rights agenda: Dialogue, empowerment, and constructive engagement". *Journal of Business Ethics*. 2010, vol 93, nº 1, p. 161-188. DOI 10.1007/s10551-009-0188-8.

el informe del 2019 de la Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la CIDH recuperó la experiencia del foro internacional al analizar situaciones de riesgo para los derechos humanos en las que se alega el involucramiento de empresas²². Así, por ejemplo, se encuentran las medidas cautelares a favor de la Comunidad de San Mateo de Huanchor en Perú otorgadas hace más de 14 años, en donde los solicitantes denunciaron que una empresa minera realizaba sus operaciones violando todos los estándares ambientales; concretamente, la acusaban de afectar la salud de la población, y en particular la de los niños y niñas, con plomo, mercurio y arsénico, sustancias altamente dañinas²³.

De manera más reciente, en 2017, también se otorgaron medidas de protección a favor de la comunidad nativa Tres Islas²⁴ y las comunidades Cuninico y San Pedro²⁵ sobre el mismo país, quienes alegaron amenazas a sus derechos en el marco de actividades empresariales mineras y petroleras respectivamente.

A inicios de 2018, en Honduras, la CIDH otorgó medidas de protección a favor de los pobladores consumidores del río Mezapa, quienes denunciaron que una empresa hidroeléctrica habría contaminado las aguas de donde se abastecían imposibilitando su consumo²⁶.

En síntesis: el sistema interamericano de protección orienta su estudio de la responsabilidad hacia la conducta de los Estados, de conformidad a la actuación permitida por su tratado generador. Sin embargo, se advierte ya una creciente constante: las acciones primigenias que ocasionaron la posterior vulneración de Derechos Humanos por la que el Estado ha de responder, se enmarca en las consecuencias de una actividad empresarial.

El Estado podrá ser responsable por obstaculizar el acceso a la justicia, por no sancionar a la empresa que contaminó una fuente de agua potable, por no respetar los derechos de comunidades indígenas sobre territorios que reclaman y recursos en disputa. Pero no estamos ante casos donde el Estado contaminó esas aguas con su accionar, sino que el accionar fue de la empresa.

La responsabilidad del Estado corresponde caracterizarse por su faz negativa, su responsabilidad al no haber prevenido²⁷.

22 RELATORÍA ESPECIAL SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (REDESCA). Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Washington DC : [s. n.], 2019.

23 CIDH. *Medidas Cautelares 2004*. Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor (Perú), párr. 49.

24 CIDH. Resolución 38/17. Medidas Cautelares 113/16, Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios (Perú), 8 de septiembre de 2017.

25 CIDH. Resolución 52/17. Medidas Cautelares 52/17, Comunicada de Cuninico y otros (Perú), 2 de diciembre de 2017.

26 CIDH. Resolución 12/18. Medidas Cautelares 772/17. Pobladores consumidores de agua del río Mezapa, (Honduras), 24 de febrero de 2018

27 DEVA, S. ;BILCHITZ, D. (Eds.). *Human Rights Obligations of Business: beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge: Cambridge University Press,2018 doi: 10.1017/cbo9781139568333.

2.3. El MERCOSUR: su gobernanza en materia de Derechos Humanos

Nacido con una impronta netamente económica, el proceso regional mercosureño advirtió que, para poder avanzar hacia la integración, era necesario incluir la variable social y construir una estructura institucional que pudiese canalizarla.

Su naturaleza intergubernamental a priori y la falta de derecho comunitario, no fueron impedimento para el desarrollo del MERCOSUR como sociedad política.

El escenario regional prueba claros adelantos en términos de las políticas dirigidas a averiguar y responsabilizar a quienes cometieron crímenes masivos, a la obra de verdad, compostura y memoria social, al costado de las garantías de no repetición²⁸.

La continuidad democrática en la región -con episodios preocupantes en el último lustro, propusieron un piso mínimo de consenso para la promoción de políticas de igualdad sustantiva, y de inclusión social, y cultural.

El MERCOSUR, como todo proceso de integración, se construye sobre la base de pisos mínimos comunes de protección de estos derechos, que permiten gradualmente ir armonizando las normativas y coordinando los esfuerzos de cada país por alcanzar niveles compatibles y básicos de ejercicio de ciudadanía en todo el espacio regional²⁹.

Reseñaba su primer Secretario Ejecutivo, Víctor Abramovich, en las primeras memorias institucionales del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, que la existencia de ciertos ámbitos institucionales de la organización regional, como la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADH), fungieron como cajas de resonancia de los debates nacionales que fueron conquistando una agenda regional en el período de mayor actividad del foro³⁰.

De hecho, fue a partir de las múltiples RAADH celebradas con una frecuencia no inferior a la anual en el período 2004-2008, que encontramos la génesis de cierto consenso entre los Estados del MERCOSUR para la creación de una instancia de cooperación técnica y de apoyo a la coordinación de políticas, apunta a fortalecer las instituciones gubernamentales y el emergente campo de políticas públicas en derechos humanos³¹, que culminó con su creación mediante Decisión N°14/2009 del Consejo del Mercado Común (CMC) del 24 de julio de 2009, en el ámbito de la Reunión de Altas

28 MATTAROLLO, Rodolfo. "Las comisiones de la verdad" Verdad y justicia. Homenaje a Emilio Mignone. Buenos Aires : Centro de Estudios Legales y Sociales, 2001, p. 129-173. Disponible en : <https://www.corteidh.or.cr/tablas/15197.pdf>

29 IPPDH. Memoria institucional (2009-2014). Buenos Aires : [s. n.], 2015.

30 ABRAMOVICH, Víctor. "Los Derechos Humanos en el marco del proceso de integración regional en el Cono Sur". In: Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR . 2014 [consulta 28 de marzo de 2021]. Disponible en:< <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2014/12/DDHH-en-Mercosur-2012.pdf>>

31 IPPDH, Op. cit.

Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR (RAADH).

El IPPDH tiene por órgano directivo al Consejo de Representantes Gubernamentales (CRG), integrado por los Estados Partes del MERCOSUR, que junto con la Secretaría Ejecutiva del Instituto definen los lineamientos estratégicos y programáticos; los cuales analizaremos en la próxima sección en clave de “empresas y derechos humanos”.

Como contracara, y quizá en una línea más cercana a la agenda que proponen los Objetivos de Desarrollo Sostenible, se destaca también el Instituto de Seguridad Social del MERCOSUR, instancia técnica de investigación en el campo de las políticas sociales del bloque regional.

Surgido en el ámbito de la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social del MERCOSUR, fue creado por la Decisión del Consejo Mercado Común N° 03/2007 con el principal propósito que la dimensión social de la integración se haga realidad en cada ciudadano del bloque, promoviendo y generando acciones que hagan de esta región un espacio más inclusivo, con equidad e igualdad.

Desde su concepción, el ISS del MERCOSUR trabaja en tres ejes: desarrollo social, desarrollo sustentable e integración ciudadana. Sin embargo, no se ha verificado que esta institución mercosureña trabajara en la agenda de “empresas y derechos humanos” desde su creación al presente³².

2.4. Hitos programáticos en la agenda del MERCOSUR

Hasta el día de la fecha, el IPPDH es la única institución mercosureña donde afloró el tópico de empresas y Derechos Humanos. Empero, durante los primeros once años, se observan intereses difusos en distintas problemáticas de los Derechos Humanos: memoria, verdad y justicia; violencia institucional y seguridad ciudadana; educación en derechos humanos; comunicación en derechos humanos; derechos de las personas mayores; personas LGBTI; niñas, niños y adolescentes; género y mujeres; personas con discapacidad; personas migrantes, apátridas y refugiadas; pueblos indígenas y afrodescendientes; y en políticas contra la discriminación, el racismo y la xenofobia³³.

A nivel del MERCOSUR, en el año 2012 se incorporó la dimensión social desde un enfoque de derechos humanos a través de la aprobación del Plan Estratégico de Acción Social en la Cumbre Social del Mercosur³⁴. Sin embargo, su seguimiento no se efectuó manteniéndose dicha perspectiva de DDHH, y

32 Esta información surge sobre la base del relevamiento efectuado sobre las 24 actas del Consejo del ISM, el cual fuera elaborado sobre la detección de las palabras claves “empresas”, “negocios”, “derechos humanos”. Se destaca que el orden de aparición de esos términos fue esporádico (1 aparición cada 100 palabras). Su análisis contextualizado no arroja identidad con la agenda programática de “empresas y derechos humanos”, de acuerdo a lo descrito en el punto 2 de este trabajo. Se procesó el lenguaje de dichos documentos a efectos de detectar frecuencia, y se empleó DataBasic.io para su procesamiento.

33 INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR. IPPDH . *11 años fortaleciendo los derechos humanos en la región*. Buenos Aires: IPPDH, 2020.

34 Véase la gacetilla de prensa , Disponible en:<<https://www.mercosur.int/actualizacion-del-plan-estrategico-de-accion-social-del-mercosur/>>

si, se mantuvo como un plan modelo producido desde el ISM.

A partir de la participación de la Secretaría Ejecutiva del IPPDH”- ya en manos de Paulo Abrao- en el año 2016 de la Consulta Regional, comienza a mostrar un interés regional en la apertura a temáticas *menos clásicas* en materia de protección de Derechos Humanos.

La Consulta Regional se corresponde a una plataforma para el diálogo entre actores gubernamentales, empresariales, de la sociedad civil y la academia, su organización surge de la Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos³⁵.

La representación del MERCOSUR, sin embargo, no pasó desapercibida en dicha cumbre, ya que era una de las primeras participaciones de un órgano regional especializado en Derechos Humanos, pero perteneciente a una institucionalidad con objetivos económicos comunes cuál nexo común.

El discurso allí pronunciado, parecía vislumbrar un posicionamiento estratégico del MERCOSUR para la promoción de una conducta empresarial responsable , entendiendo una visión de la responsabilidad preventiva, en cabeza de las empresas, quienes debieran adoptar medidas para evitar violaciones; y como contracara, se indicaba un consenso con la atribución de responsabilidad por fallas en la prevención y en la remediación de los daños producidos, que proponen los Principios Rectores.

Si bien este enfoque propició que cada Estado adopte marcos regulatorios apropiados para proteger las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, y el discurso pronunciado por el representante del MERCOSUR, omitió posicionarse sobre una posible estrategia regional en el punto, sí señaló un espíritu habitual entre los integrantes del bloque para garantizar un acceso efectivo a remedios judiciales o extrajudiciales a las posibles víctimas.

Otro punto interesante del discurso, y que generó expectativas de un debate interno en el bloque, fue el relativo a la adopción de medidas de debida diligencia. La expectativa estuvo dada porque en el año 2016 se estaba discutiendo en el seno de la Unión Europea, un primer borrador de una normativa comunitaria para la implementación de un due dilligence en materia de Derechos Humanos. Mientras que el tema no tuvo avance alguno en la región latinoamericana, la Comisión Europea se comprometió a presentar una ley de diligencia debida en materia de derechos humanos en toda la UE para junio de 2021.

Entre los otros tópicos expuestos con la intervención mercosureña, se señala la referencia al tratado vinculante — sin toma de posición sobre el

35 ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS EN DERECHOS HUMANOS. *Nota conceptual: Consulta Regional sobre Empresas y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile : [s. n.], 2019. Disponible en: < https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Consulta_Regional_Nota_Conceptual_ES.pdf >.

mismo —, el debate de la responsabilidad de las casas matrices por los actos de sus subsidiarias; así como el mecanismo de resolución de conflictos que proporciona la OCDE con el sistema de puntos nacionales de contacto.

El último punto que abordó la intervención del bloque regional fue relativa a la producción de los Planes Nacionales de Acción: sin detallar la postura regional sobre la obligación asumida por los Estados parte del MERCOSUR en su calidad de miembros del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entendió que dicho compromiso se encontraba delimitado por tres factores:

- El contexto regional,
- La agenda de las políticas públicas (regionales),
- La fortaleza de los procesos de integración regionales.

A consideración del IPPDH, la implementación de Planes Nacionales resultaría clave para atribuir responsabilidad a las empresas por las violaciones a derechos humanos, ya que aumentarían sus incentivos de las compañías para cumplir más acabadamente con las obligaciones de debida diligencia que imponen los Principios Rectores. Si bien esta fundamentación no resulta novedosa³⁶, sí debe señalarse que el IPPDH identificó como principal característica regional la desigualdad en la distribución de la renta; tema de mayor desarrollo en los estudios del ISM.

Un último punto que señaló su discurso fue respecto de la realidad en el mundo del trabajo, tema generalmente evitado en el discurso del IPPDH.

Al respecto, su intervención se contextualizaba en un mundo en recuperación de la crisis financiera del 2008, donde “(...) *la movilidad laboral baja los salarios, el desarrollo tecnológico, por su vez, no crea nuevos empleos al ritmo que los destruye. Menos trabajadores implica en menos consumidores, y si nadie lo compra lo que queda en economía es la especulación*”³⁷.

El MERCOSUR tenía una orientación de neto corte económico. En el Tratado de Asunción (1991) se detallaba que la integración económica era su norte principal, y la dimensión social — que entre otros temas, incluye la cuestión laboral—, era una condición cada vez más importante para asegurar el éxito de la otra³⁸.

Al tratado de Asunción de 1991, le siguieron distintos hitos como el “Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR” (1997) que

36 Estos argumentos, fueran ya citados por HAÁSZ, Veronika. “The Role of National Human Rights Institutions in the Implementation of the UN Guiding Principles”. *Human Rights Review*. 2013, vol 14, nº 3, p. 165-187. DOI 10.1007/s12142-013-0270-6 ; AUGENSTEIN, Daniel, DAWSON, Mark & THIELBÖRGER, Pierre. “The UNGPs in the European Union: The Open Coordination of Business and Human Rights?”. *Business and Human Rights Journal*. 2018, vol 3, nº 1, p. 1-22. DOI 10.1017/bhj.2017.30.

37 ABRAO, Paulo. Ponencia sobre Derechos Humanos y Empresas. En Consulta regional para América Latina y el Caribe sobre políticas públicas de derechos humanos y empresas en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Acta del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos. Santiago de Chile. 2016. p. 1-10.

38 PUCHETA, Mauro. “Derechos Humanos y Derecho del trabajo: un vínculo que requiere mayor desarrollo en el ámbito regional”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*. 2015, Vol. 3, nº 6, p. 123-139.

procura establecer un mecanismo de coordinación de los sistemas de seguridad social y, por otro lado, la “Declaración Socio-Laboral” (1998) la que expresamente reconoce derechos sociales fundamentales tales como la libertad de asociación, negociación colectiva, el derecho de huelga, protección de trabajo infantil y de menores. Todos los temas antes mencionados, son coordinados en el escenario multilateral mundial por la OIT; otro actor de vital importancia en “empresas y derechos humanos”.

Sin embargo, el MERCOSUR no carece de experiencia en el tema y el rechazo a la creación de una Carta de Derechos Fundamentales en nuestro ámbito regional, no es realmente un problema atento a que todos los Estados parte del bloque regional, son parte de la Convención Americana de DDHH de la OEA, y reconocen la jurisdicción de la Comisión y Corte Interamericana³⁹.

Un lustro después de dicha ponencia, encontramos que el MERCOSUR sólo retomó el tema en el marco de una audiencia pública celebrada y organizada por la Fundación Friedrich Ebert Stiftung en Spirito Santo, Brasil, en el año 2017. En esta oportunidad la posición del MERCOSUR resultó una articulación con el plan de trabajo que proponía la reciente Relatoría Especial de la CIDH en materia de Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales, que culminaría a finales del año 2019 con su primer informe temático en el tema que aquí nos convoca⁴⁰.

CONCLUSIONES: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES PARA LA REGIÓN

La ausencia de “empresas y derechos humanos” como una categoría legal con entidad propia, en los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes, denota el demarcante carácter de los Principios Rectores como instrumento de soft law. El cuerpo legal del MERCOSUR, no es una excepción.

El surgimiento y consolidación de diversos foros en el MERCOSUR reflejó una incipiente comunidad política regional de derechos humanos, distinta a la propia del sistema interamericano: la Reunión de Ministras y Altas Autoridades de Mujeres (RMAAM), la Reunión de Autoridades sobre Políticas Públicas para Pueblos Indígenas (RAPIM), la Reunión de Autoridades de Derechos de Afrodescendientes (RAFRO) y la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos (RAADH).

Sin embargo, los tumultos políticos regionales en el último lustro en los países miembros del bloque, parecieran haber representado un escollo para la profundización de esta agenda.

Memorias, identidades y ciudadanía son algunos elementos decisivos para la conformación de la comunidad política que subyace al MERCOSUR. Sin

39 VITA, Leticia. “La dimensión social del MERCOSUR a 20 años de su creación: ¿es necesaria una Carta de Derechos Fundamentales?” Balances y perspectivas a 2 años de la Constitución del MERCOSUR. Buenos Aires : EUDEBA, 2013, p. 386.

40 Programa de la Conferencia Internacional: “Empresas transnacionales y Derechos Humanos”. Memoria de actividades del IPPDH. 2017. Disponible en: < https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/11/Programa-Conferencia-ETN-y-DDHH_Vitória_Nov.2017_esp.pdf >

embargo, su naturaleza persiste en la coordinación de políticas arancelarias comunes. Navegando la variedad de tópicos aquí reseñados, cabe responder por la negativa la pregunta planteada a comenzar este trabajo. ¿Hay presencia programática de “Empresas y Derechos Humanos” en la agenda del MERCOSUR? No.

Empero, esta respuesta tampoco refleja la verdad de la situación: los vaivenes mercosureños no permiten configurar en la actualidad un rumbo preciso. La agenda de Derechos Humanos del bloque, no es una excepción. Incorporar la dimensión de derechos humanos afectados por la actividad empresarial, no es más que una quimera cuando aún no hemos podido responder una pregunta previa: ¿cómo desarrollarnos mejor?

Continúa siendo un interrogante, que en los foros de alto nivel en materia económica, el MERCOSUR no pareciera estar respondiendo en este momento. Sin embargo, el tratamiento de la actividad empresarial y sus consecuencias en los derechos fundamentales, es una dimensión que sobrepasa el foro del IPPDH (especializado en Derechos Humanos), involucra una dimensión social (a cargo técnicamente del ISM) y proyecta su sombra de influencia sobre temas propios del mercado común. Tal como demuestra la experiencia europea, donde encontramos avances en la cierta implementación del due diligence en materia de Derechos Humanos para las empresas que operen en territorio de la UE.

Las violaciones a derechos humanos por parte de empresas en nuestra región, parecieran concentrarse en violaciones al derecho ambiental, en casos de explotación laboral y otras violaciones a los derechos de los trabajadores y en severos abusos cometidos sobre pueblos originarios y comunidades locales.

Muchos países de la región han avanzado en una agenda de ampliación de derechos fundamentales y se encuentran ahora discutiendo los mecanismos mas adecuados para dificultar que estas graves violaciones de derechos humanos no se repitan. Muchos de esos países vecinos, cuentan ya con su primer Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos.

Coincidiendo, finalmente, con la propuesta de Paulo Abrao de “revertir estereotipos culturales” , entendemos que el MERCOSUR se encuentra ante una oportunidad histórica: demostrar, y demostrarse, que su grado de integración no es solo el de una unión aduanera, sino que se pueden articular dispositivos de protección a los derechos ambientales o de protección de las tierras indígenas y campesinas, que repercutirían directamente en modelos de desarrollo económico implementados por los gobiernos parte.

Actualizar el Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR a los desafíos que nos impuso la pandemia COVID-19, y con objetivos compatibles con la Agenda 2030, presentaría una excelente oportunidad de integración de una herramienta de política pública regional con las finalidades de los Principios Rectores.

El MERCOSUR propuso la libre circulación de personas, bienes y servicios. Regular de forma conjunta, la actividad empresarial mercosureña que pueda afectar Derechos Humanos, no es más que el paso lógico para honrar los compromisos asumidos.

Transformar compromisos en efectivos derechos ejercidos a partir de políticas públicas sobre empresas y derechos humanos, parece ser el mayor desafío que enfrenta el bloque regional al día de hoy. Sabemos claramente que para la Agenda 2030, la igualdad depende de la titularidad de derechos. Sabemos también que sin desarrollo, sin crecimiento económico, todos los derechos están en peligro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor. “Los Derechos Humanos en el marco del proceso de integración regional en el Cono Sur”. En: *Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR*, 2014. Disponible en: <<https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2014/12/DDHH-en-Mercosur-2012.pdf>>

ABRAO, Paulo. *Ponencia de Paulo Abrao sobre “Derechos Humanos y Empresas”*. Santiago de Chile : [s. n.], 2016.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, vol 16, nº 4, p. 433–449. DOI 10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x.

ASSENZA, Conrado M. *Individual as Subject of international Jurisprudence* : Universidad de Heidelberg, 2010. Disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1_6.pdf>

AUGENSTEIN, Daniel; DAWSON, Mark; THIELBÖRGER, Pierre. “The UNGPs in the European Union: The Open Coordination of Business and Human Rights?”. *Business and Human Rights Journal*. 2018, vol 3, nº 1, p. 1–22. DOI: <10.1017/bhj.2017.30>

AVILES HERNANDEZ, Manuela; MESENGUER SANCHEZ, Juan V. *Empresas, derechos humanos y RSC. Una mirada holística desde las ciencias sociales y jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

AYUSO, Silvia; MUTIS, Juliana. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas - ¿una herramienta para asegurar la responsabilidad global de las empresas? *Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*. 2010, vol 4, nº 2, p. 28–38. DOI: <10.3232/GCG.2010.V4.N2.02>

CANTÚ RIVERA, Humberto. The Mexican Judiciary’s Understanding of the Corporate Responsibility to Respect Human Rights. *Business and Human Rights Journal*. 2016, vol 1, nº 1, p. 133–138. DOI <10.1017/bhj.2015.13>

DE SCHUTTER, Olivier (Ed.). *Transnational Corporations and Human Rights*. vol 12. Oxford : Hart Publishing, 2014. DOI: <10.5040/9781472563729.ch-008>

DEVA, Surya; BILCHITZ, David (Ed.). *Human Rights Obligations of Business: beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2013. DOI: <10.1017/cbo9781139568333>

DORAN, Erin E. "Accountability, Pragmatic Aims; the American University by Ana M. Martínez-Alemán". *Human Rights Review*. 2014, vol 15, n° 3, p. 359–361. DOI: <10.1007/s12142-014-0326-2>

GARCÍA-GODOS, Jemima. "Victims' Rights and Distributive Justice: In Search of Actors". *Human Rights Review*. 2013, vol 14, n° 3, p. 241–255. DOI: <10.1007/s12142-013-0272-4>

HAÁSZ, Veronika. "The Role of National Human Rights Institutions in the Implementation of the UN Guiding Principles". *Human Rights Review*. 2013, vol 14, n° 3, p. 165–187. DOI: <10.1007/s12142-013-0270-6>

HASSAN, Kamal Halili; SERAJI, Mostafa. Addressing Workers' Freedom of Association and its Dispute Resolution in the Context of the Shari'ah". *Human Rights Review*. 2013, vol 14, n° 2, p. 89–105. DOI: <10.1007/s12142-013-0263-5>

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS. *Memoria institucional (2009-2014)*. Buenos Aires: IPPDH, 2015.

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS. *Programa de la conferencia internacional: Empresas transnacionales y Derechos Humanos*. In: Memoria de actividades del IPPDH, 2017. Disponible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/11/Programa-Conferencia-ETN-y-DDHH_Vitória_Nov.2017_esp.pdf>

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS. *IPPDH: 11 años fortaleciendo los derechos humanos en la región*. Buenos Aires: IPPDH, 2020.

LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MATTAROLLO, Rodolfo. "Las comisiones de la verdad". En: *Verdad y justicia. Homenaje a Emilio Mignone*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2001, p. 129–173. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/15197.pdf>>

MENA, Sébastien et al. "Advancing the business and human rights agenda: Dialogue, empowerment, and constructive engagement". *Journal of Business Ethics*. 2010, vol 93, n° 1, p. 161–188. DOI: <10.1007/s10551-009-0188-8>

NACIONES UNIDAS, ALTO COMISIONADO EN DERECHOS HUMANOS. *Nota conceptual: Consulta Regional sobre Empresas y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: [s. n.], 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Consulta_Regional_Nota_Conceptual_ES.pdf>

OHCHR. *Principios Rectores en materia de Empresas y Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas*. Ginebra: [s. n.], 2011. Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf>

PUCHETA, Mauro. “Derechos Humanos y Derecho del trabajo: un vínculo que requiere mayor desarrollo en el ámbito regional”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2015, vol 3, n° 6, p. 123–139.

RELATORÍA ESPECIAL SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (REDESCA). *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Washington DC : [s. n.], 2019.

RIVERA, Humberto Cantú. “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2015, vol 15, n° 1, p.611–658. DOI: <10.1016/j.amdi.2014.09.011>

SOMMER, Christian G. “En la búsqueda de acercar brechas: comentarios sobre las recientes Reglas de La Haya sobre arbitraje que involucre a empresas y derechos Humanos”. *Inversiones, empresas y Derechos Humanos*. 2021, vol 1, p. 75–100.

TRADE UNION OHCHR. “Legally binding instrument to regulate”. En: *International Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. Ginebra: [s. n.], 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNGPsBHRnext10/inputs/bwi_itf_ituc_tuac_uni_annex2.pdf>

UNITED NATIONS. *La dimensión de las empresas y los derechos humanos en el desarrollo sostenible: incorporando “proteger, respetar y remediar” en la aplicación de los ODS*. Ginebra, 2017. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations_SP.pdf>

VAZQUEZ, Agustina; OSORIO, Juan; MARCOTE, Natacha. “Los tratados bilaterales de inversión desde la perspectiva de la convención de Viena de Derecho de los Tratados: un camino hacia la “defragmentación” del Derecho Internacional”. *Revista Misión Jurídica*. 2021, n° 20, p. 100–132.

VITA, Leticia. “La dimensión social del MERCOSUR a 20 años de su creación: ¿es necesaria una Carta de Derechos Fundamentales?”. En: *Balances y perspectivas a 2 años de la Constitución del MERCOSUR*. Buenos Aires: EUDEBA, 2013, p. 386.

WAHI, Namita. Human Rights accountability of the IMF and the World Bank: a critique of existing mechanisms and articulation of a theory of horizontal accountability. *Davis Journal of International Law*. 2016, vol 12, nr. 331, p. 333–405.



Business and Human Rights: Presence on MERCOSUR's programmatic agenda?

Abstract: Human rights are the effective protection framework for the development of the person; its recognition by the State implies its guarantee for the enjoyment and exercise. However, an analysis that does not integrate business activity would be incomplete.

With the advent of globalization, technological advances, new emerging powers and the blurring of borders, the maintenance of international order presented new challenges that were answered at different levels of integration. With special emphasis, since the 1990s and at the beginning of the millennium, we find a common concern regarding the consequences of business activity on Human Rights. Concern that resulted in a growing thematic agenda in different international organizations.

The role of companies, as typical actors in the domestic economy, began to be questioned in the context of globalization, and their cross-border action introduced new challenges to the political and legal framework operating at the national level. The United Nations made an institutional echo of this situation as of 2005. However, in MERCOSUR it took another decade.

In this context, this article seeks to answer the question: what place does the Business and Human Rights issue have on the MERCOSUR agenda? The answer to this question will be given through the diachronic analysis of the programmatic milestones of MERCOSUR in the field of Human Rights.

Keywords: Empresas, Derechos Humanos, MERCOSUR, Programmatic agenda

RESUMEN BIOGRÁFICO

Luis Fernando Castillo Argañarás, Doctor en Derecho (UBA), Doctor en Ciencia Política (UB), Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Email: lcastillo@uade.edu.ar

Agustina N. Vazquez, Abogada (UBA) Master in Law (University of London). Profesora (UBA UFLO UP) e investigadora (UBA UFLO UP). Adscripta de investigación de la UCC (2019-2021) y Fellow RCIL de United Nations (2019). Email: avazquez@uflouniversidad.edu.ar

A solicitação de opiniões consultivas pelo Supremo Tribunal Federal: democratização do acesso ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL

La solicitud de opiniones consultivas por parte del Supremo Tribunal Federal: democratización del acceso al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

Georgia Anastácia Campana Murari* 

Resumo: O presente estudo tem por objetivo discorrer sobre a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão (TPR) do MERCOSUL pelo Supremo Tribunal Federal (STF), demonstrando a democratização do acesso a este tribunal pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, o trabalho utilizou o método dedutivo, por meio do qual parte-se de uma premissa geral para um caso particular, e a técnica de pesquisa aplicada é a documentação indireta por meio de pesquisa documental e bibliográfica. Inicialmente, analisa-se a criação do MERCOSUL, os Meios de Solução de Controvérsias Internacionais e o Sistema de Solução de Controvérsias do bloco. Posteriormente, verifica-se a criação, a composição, o funcionamento e as funções do Tribunal Permanente de Revisão (TPR) do MERCOSUL, com foco na função consultiva deste Tribunal. Por último, examina-se o procedimento de solicitação de opiniões consultivas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com a finalidade de evidenciar a democratização do acesso ao Tribunal Permanente pelos brasileiros.

Resumen: Este estudio tiene como objetivo discutir la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del MERCOSUR por parte del Supremo Tribunal Federal (STF), demostrando la democratización del acceso a este Tribunal por parte del máximo órgano del Poder Judicial brasileño. El trabajo utilizó el método deductivo, a través del cual se parte de una premisa general para un caso particular, y la técnica de investigación

* Universidade Estadual de Londrina (UEL), Brasil.
E-mail: georgiaanastacia91@hotmail.com
Recibido: 20/06/2021. Aceptado: 27/10/2021.



aplicada es la documentación indirecta a través de la investigación documental y bibliográfica. Inicialmente, analiza la creación del MERCOSUR, los Medios de Solución de Controversias Internacionales y el Sistema de Solución de Controversias del bloque. Posteriormente, se verifica la creación, composición, funcionamiento y funciones del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del MERCOSUR, con foco en la función consultiva de este Tribunal. Finalmente, se examina el procedimiento de solicitud de opiniones consultivas del Supremo Tribunal Federal (STF) para demostrar la democratización del acceso a la Corte Permanente por parte de los brasileños.

Palavras-chave: MERCOSUL, Opiniões consultivas, Sistema de solução de controvérsias, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Permanente de Revisão.

Palabras clave: MERCOSUR, Opiniones consultivas, Sistema de solución de controversias, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Permanente de Revisión.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo teve por objetivo analisar a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão (TPR) do MERCOSUL pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, por meio do qual parte-se de uma premissa geral para um caso particular, e a técnica de pesquisa aplicada é a documentação indireta por meio de pesquisa documental e bibliográfica.

Seguindo este método, o primeiro capítulo abordou a criação do MERCOSUL a partir da necessidade de fortalecimento da integração econômica, política e social entre a Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Em seguida, tratou-se do conceito de controvérsia no âmbito internacional, enfatizando-se a indispensabilidade de se empregar meios pacíficos para a solução de eventuais controvérsias que surjam entre os países. Logo após, analisou-se a evolução do Sistema de Solução de Controvérsias no âmbito do MERCOSUL até o momento da celebração do Protocolo de Olivos (PO) que instituiu o Tribunal Permanente de Revisão (TPR).

O segundo capítulo versou sobre os aspectos jurídicos concernentes ao TPR, tais como a criação, composição, funcionamento e funções atribuídas, destacando a importância da função consultiva deste órgão jurisdicional. Em seguida, aprofundou-se o conhecimento acerca da função consultiva, esclarecendo as regras procedimentais gerais para a solicitação de opiniões consultivas.

O último capítulo abordou especificamente o procedimento brasileiro de solicitação de opiniões consultivas ao TPR, evidenciando inicialmente a competência do STF para realizar o encaminhamento dos pedidos consultivos formulados no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Logo após, analisou-se as regras procedimentais brasileiras acerca do requerimento de opiniões consultivas, destacando a possibilidade de solicitação de opiniões consultivas

pelas partes vinculadas à processos em trâmite nas instâncias jurisdicionais.

Por fim, verificou-se se a possibilidade de requerimento de opiniões consultivas pelas partes além dos juízes nacionais democratizou ou não o acesso ao TPR pelos brasileiros.

2. O MERCOSUL E O SEU SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O MERCOSUL foi constituído em 1991 por meio do Tratado de Assunção com a finalidade de promover a integração econômica, política e social entre a Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Em uma integração regional, eventuais controvérsias podem surgir em razão da divergência de interesses dos Estados Partes, os quais deverão solucioná-las por meio de um mecanismo específico. No âmbito do MERCOSUL, o procedimento inicial de resolução de conflitos era baseado nas negociações diretas entre os Estados Partes, o qual foi posteriormente substituído pelos sistemas estabelecidos no Protocolo de Brasília e no Protocolo de Olivos.

Nestesentido, para discorrer sobre o sistema de solução de controvérsias no âmbito do MERCOSUL, é necessário primeiramente estudar a formação do bloco econômico a partir da celebração do Tratado de Assunção (TA), logo depois analisar o conceito de conflito internacional e os meios de solução de controvérsias existentes internacionalmente, para em seguida identificar qual o tipo de mecanismo de resolução de controvérsias adotado pelo MERCOSUL.

2.1. A criação do Mercado Comum do Sul (Mercosul)

Conhecido como o maior bloco econômico da América do Sul, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) foi fundado em 26 de março de 1991 por meio do Tratado de Assunção (TA) assinado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. O objetivo inicial do bloco era estabelecer uma integração econômica entre os Estados Partes por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos.

A ampliação das dimensões dos mercados nacionais por meio da integração é indispensável para acelerar o processo de desenvolvimento econômico dos países membros. Por isso, Alberto do Amaral Júnior explica que a integração regional pautada na adoção de políticas comerciais comuns contribuiu para reforçar as posições defendidas pelo Mercosul nos foros internacionais de negociação, resultando na elevação do grau de competitividade da região no comércio mundial¹.

De acordo com o TA, o desenvolvimento progressivo da integração implicaria na livre circulação de bens, mercadorias e serviços através da eliminação das barreiras tarifárias não tarifárias no comércio entre os países membros; no estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC) e na adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados; na coordenação de posições em foros

¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Curso de Direito Internacional Público. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 458.

econômico-comerciais, regionais e internacionais, bem como de políticas macroeconômicas e setoriais com a finalidade de garantir as condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes.

A estrutura institucional do bloco está prevista no protocolo adicional ao TA, denominado Protocolo de Ouro Preto (POP), assinado em dezembro de 1994. Este protocolo marca o período de transição para a fase definitiva e representa um grande avanço na constituição e na institucionalização do bloco, aperfeiçoando a base institucional preexistente a partir do amadurecimento do processo de integração e dos objetivos inicialmente propostos².

Atualmente, o MERCOSUL possui como Estados Partes: a Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela. Já como Estados Associados encontram-se: o Chile, Peru, Colômbia, Equador, Guiana e Suriname. Com relação à Bolívia, destaca-se que o país se encontra em processo de adesão como Estado Parte. (MERCOSUL, [2016])

É importante mencionar que à medida que o processo de integração se torna cada vez mais complexo, novos acordos são celebrados com o objetivo de adequação das instituições do MERCOSUL às novas necessidades. Deste modo, outras instituições passam a constituir o bloco, como é o caso do Tribunal Permanente de Revisão (TPR) – órgão criado por meio do Protocolo de Olivos em 2002 – competente para dirimir eventuais controvérsias que envolvam a normativa mercosulina.

Deste modo, é necessária a compreensão inicial acerca dos meios de solução de controvérsias internacionais para entender em seguida o funcionamento do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL.

2.2. Meios de solução de controvérsias internacionais

Os conflitos sempre fizeram parte da sociedade em razão da existência de diferentes interesses. No cenário internacional, é fundamental que forma de resolução de conflitos seja realizada prioritariamente por meio de métodos pacíficos com o objetivo de garantir a paz às relações internacionais.

Inicialmente, é importante a compreensão do termo “controvérsia” para facilitar, posteriormente, o estudo sobre os diferentes meios de solução de controvérsias. Nesse sentido, Alberto do Amaral Júnior apud Mazzuoli preleciona acerca do conceito de controvérsia internacional:

A controvérsia consiste e um desacordo, na divergência de opiniões ou na oposição de pontos de vista entre dois ou mais sujeitos de direito. Trata-se de desavença sobre a materialidade de um fato, sobre a interpretação de uma regra ou a qualificação jurídica de um fato ou de uma situação. O desacordo surge quando um Estado, ao exercer a faculdade de auto interpretação, formula, implícita ou explicitamente, pretensão a respeito de um objeto (questão fática ou jurídica), capaz de afetar, segundo novas interpretações ou qualificações jurídicas

² MENEZES, Wagner. Direito Internacional na América Latina./ Wagner Menezes./ Curitiba: Juruá, 2007, p. 172.

possíveis, os interesses de outro Estado, que poderá reagir de diversos modos. Ele concordará, se houver interesse, com a interpretação ou qualificação realizada, hipótese em que nenhuma controvérsia se delinea. Mas se o Estado contestar a pretensão manifestada com apoio numa interpretação diferente da regra, a controvérsia será inevitável. A essa altura, as partes podem, mediante acordo, resolver o litígio ou decidir submetê-lo à apreciação de um terceiro jurídico, a quem incumbe aplicar o direito ao caso concreto³.

É importante mencionar que no dia 26 de junho de 1945 foi assinada em São Francisco a Carta das Nações Unidas instituindo aos países membros da ONU a abstenção da ameaça ou o uso da força em suas relações internacionais e a solução dos conflitos por métodos pacíficos de modo a garantir a paz, a segurança e a justiça internacionais⁴.

Atualmente, o uso do poder bélico como resposta à uma controvérsia é medida excepcional, sendo utilizado pela ONU ou entidades por ela habilitadas a partir da decisão do Conselho de Segurança.

2.3. O sistema de solução de controvérsias do Mercosul

Além da criação do MERCOSUL, o TA determinou no Anexo III, a instituição de um procedimento simples e provisório de solução de controvérsias. Inicialmente, a resolução dos conflitos ocorria por meio de negociações diretas entre os Estados Partes, os quais deveriam adotar, posteriormente, um sistema permanente até 31 de dezembro de 1994.

Caso a solução não fosse atingida pela negociação direta, a controvérsia deveria ser submetida ao GMC, órgão executivo, que contaria com assessoramento técnico de especialistas ou peritos convocados para resolver o conflito. Nesse sentido, o órgão deveria formular em sessenta (60) dias as recomendações às Partes, solucionando a controvérsia. Se a solução não fosse alcançada pelo GMC, a controvérsia seria submetida ao CMC, órgão superior, para a emissão das recomendações pertinentes⁵.

Com o objetivo de cumprir a determinação do Anexo III, do TA, os Estados Partes assinaram no dia 17 de dezembro de 1991 o Protocolo de Brasília (PB). Esse protocolo extinguiu o procedimento anterior e formalizou o surgimento do sistema de Tribunais Arbitrais Ad Hoc, promovendo um novo método de resolução de conflitos⁶.

3 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público /Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1148.

4 MORGADO, Taís Tiemy Ikeda. “Solução de controvérsias no Mercosul: a busca pela efetividade”. [Trabalho de Conclusão de Curso]. Orientadora: Tânia Lobo Muniz. Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2015, p. 34.

5 NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira, PRADO, Henrique Sartori de Almeida. “Mercosul: do sistema de solução de controvérsias à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário brasileiro”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, 2014, Año 2, nº4, p. 27-47, p. 30.

6 RODAS, João Grandino. A competência do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul

O capítulo II do PB instituiu o procedimento de solução de controvérsias, sendo realizado por meio de três fases. A primeira fase é fundada nas negociações diretas entre os Estados Partes. Já a segunda fase é marcada quando há negociação infrutífera, resultando no envio da controvérsia ao GMC, responsável por formular as devidas recomendações. A última fase estabelece que se as duas primeiras fases falharem, o litígio deverá ser submetido a um Tribunal Arbitral Ad Hoc que decidirá, por meio de laudo definitivo, a solução mais adequada⁷.

Os laudos arbitrais eram inapeláveis, podendo apenas os Estados Partes solicitarem esclarecimentos acerca da decisão e/ou da forma de cumprimento dela. Em regra, o prazo era de 15 dias para cumprimento obrigatório do laudo pelos litigantes – a contar do recebimento da notificação – desde que não fosse estipulado outro na decisão arbitral⁸.

É importante ressaltar que o capítulo V do PB expressava a possibilidade de particulares, pessoas físicas ou jurídicas, apresentarem reclamações. Todavia, o procedimento era bastante restrito e praticamente inacessível, pois as reclamações somente eram exequíveis se houvesse o acionamento do sistema pelo Estado Parte em que residisse o particular⁹.

Posteriormente, o Protocolo de Ouro Preto (POP) foi celebrado com a finalidade de dilatar o período de vigência do PB para que os Estados Partes pudessem adotar um sistema de solução de controvérsias permanente. O artigo 43 desse protocolo adicional possibilitou a submissão de conflitos provenientes da interpretação, aplicação ou não cumprimento das disposições contidas no TA, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, além das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), aos procedimentos de solução previstos no PB. Ainda, as Diretrizes da CCM foram incorporadas aos artigos 19 e 25 do PB, conforme disposto no parágrafo único do artigo 43 do POP¹⁰.

Raphael Carvalho de Vasconcelos expõe a inovação trazida no artigo 21 do POP que instituiu a possibilidade de particulares (pessoas físicas ou jurídicas) e Estados Partes enviarem reclamações formuladas à CCM, quando estiverem em sua área de competência, a qual deverá solucioná-las de forma consensual. Caso não seja possível uma decisão consensual pelo CCM, a

para emitir opiniões consultivas. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/A_Competencia_do_Tribunal_Permanente_de_Revisao_do_Mercosul_para_emitir_Opinioes_ConsultivasJoao_Grandino_Rodas_portugues.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

7 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul". Revista Ética e Filosofia Política, 2009, vol 2, n°11, p. 01-30.

8 NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira, PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Op. cit., p. 32.

9 LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa, MUNIZ, Tânia Lobo. "A função consultiva do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e seus reflexos na promoção das relações intrabloco". In: XV Congresso Internacional do Fórum Universitário Mercosul (FoMerco, 2., 2015), Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro: FoMerco, 2015, p. 340.

10 NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira, PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Op. cit., p. 33.

reclamação será submetida ao poder decisório do GMC¹¹.

O Protocolo de Olivos (PO) foi assinado pelos Estados Partes em 18 de fevereiro de 2002, derogando o Protocolo de Brasília, nos termos do artigo 55, parágrafo 1º, do PO. Nesse sentido, o PO inaugura um sistema de solução de controvérsias semelhante ao estabelecido no PB, conservando o caráter da provisoriedade, de acordo com o disposto no artigo 53, do PO¹².

O sistema de solução de controvérsias estabelecido pelo PO possui etapas similares às do PB, inovando ao criar o chamado Tribunal Permanente de Revisão (TPR) que foi institucionalizado em 18 de fevereiro de 2002 e instalado em 13 de agosto de 2004 em Assunção, capital do Paraguai¹³.

A criação de uma instituição jurisdicional permanente representa, essencialmente, um marco institucional do atual mecanismo de solução de controvérsias do bloco, contribuindo para a harmonização da legislação mercosulina e, conseqüentemente, para a consolidação da democracia.

3. O TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO E O SISTEMA DAS OPINIÕES CONSULTIVAS

3.1. A criação do Tribunal Permanente de Revisão

A alta complexidade das instituições do MERCOSUL e dos Estados Partes motivou a criação de um tribunal permanente com a finalidade de aperfeiçoar o processo integracionista do bloco. Neste sentido, o PO substituiu o sistema de solução de controvérsias previsto anteriormente no PB, e inovou ao criar o TPR, possibilitando o acesso direto ao tribunal pelos Estados Partes.

O acesso à via judicial é fundamental para o progresso do bloco porque contribui para a reconstrução democrática dos Estados Partes; para a estabilização política; para o direito ao desenvolvimento; para a consagração dos direitos humanos e para o crescimento econômico por meio da expansão dos mercados¹⁴.

Em virtude da importância institucional que o TPR representa para o MERCOSUL, é necessário entendimento acerca da sua estrutura funcional bem como da sua composição, as quais serão explicadas na sequência.

3.2. A composição e o funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão

O TPR é um órgão permanente e independente do MERCOSUL e possui sede na cidade de Assunção, capital da República do Paraguai. A composição e estrutura funcional do tribunal está prevista no PO, na Dec. nº 37/03 do

11 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 7.

12 NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira, PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Op. cit., Idem.

13 Idem.

14 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sergio Maia. "La competencia consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur: legitimación y objeto". Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR), 2014, Año 2, nº 4, p. 117-134, p. 119.

CMC e nas Res. nº 66/05 e nº 39/10, ambas do GMC.

De acordo com o artigo 18, parágrafos 1 e 2 do PO, o TPR é composto por cinco árbitros, sendo que cada Estado Parte designa um árbitro titular juntamente com seu suplente por um período de dois anos, renovável por no máximo dois períodos consecutivos. A indicação do quinto árbitro é realizada por unanimidade dos Estados Partes, o qual exercerá sua função por um período não renovável de três anos, salvo acordo em contrário dos Estados Partes. Essa indicação é realizada a partir de uma lista contendo oito integrantes, nacionais dos países do bloco, com limite de propositura de dois integrantes por cada Estado Parte, conforme disposto no parágrafo 3, artigo 18, do PO.

Os cinco árbitros atuam de forma permanente e são convocados conforme a quantidade de Estados Partes envolvidos na controvérsia. Deste modo, quando a controvérsia envolver dois Estados Partes, o tribunal será integrado por três árbitros, sendo dois nacionais de cada Estado Parte na controvérsia e o terceiro (que exercerá a Presidência), será designado por meio de sorteio realizado entre os árbitros restantes que não sejam nacionais dos Estados Partes na controvérsia. Se houver o envolvimento de mais de dois Estados Partes, o tribunal será integrado pelos cinco árbitros, sendo presidido pelo árbitro que não seja nacional dos Estados Partes na controvérsia, de acordo com o artigo 20, do PO, e o Dec. nº 37/03 do CMC.

O artigo 8 da Dec. nº 30/05 do CMC, estabelece que a presidência do TPR será exercida de forma rotativa, seguindo a ordem alfabética dos Estados Partes com o quinto árbitro, durando cada presidência um ano. Caso haja impossibilidade para o exercício da presidência, ela deverá ser exercida pelo sucessor, conforme a ordem de rotatividade enunciada.

O TPR é também integrado por uma secretaria, denominada Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão (ST), que estará a cargo de um Secretário e funcionários administrativos e auxiliares, conforme disposto no artigo 35 do Dec. nº 37/03 do CMC.

O Secretário deverá ter a nacionalidade de qualquer dos Estados Partes do bloco, possuir título de advogado ou Doutor em Direito com especialidade ou prática em Direito Internacional ou Direito da integração, ter conhecimento operacional dos idiomas oficiais do MERCOSUL e comprovar experiência profissional não inferior a 10 anos, em matérias afins ao cargo, conforme disposto no artigo 1 da Res. nº 66/05 do GMC. O mandato do cargo de Secretário será de dois anos, em base rotativa, observando a ordem alfabética dos Estados Partes, por meio de designação do CMC a partir de uma lista tríplice de candidatas apresentadas pelo TPR. Este prazo poderá ser prorrogado por uma única vez por um período de dois anos, de acordo com o artigo 2 da Res. nº 66/05.

Por sua vez, a ST é composta por quatro áreas, quais sejam: 1) Biblioteca e Arquivo de Documentos, 2) Secretaria e Administração, 3) Informática e Bases de Dados e 4) Área Jurídica. Os funcionários administrativos das áreas

mencionadas deverão ser portadores de diploma universitário, possuir cursos e experiência profissional na área de atuação além de fluência em espanhol e português. Destaca-se que as funções dos cargos de Secretário e funcionários administrativos estão previstas no Anexo I da Res. nº 66/05 bem como as demais informações relacionadas à ST.

A estrutura funcional do TPR apresenta um elevado grau de qualificação e excelência no desempenho das funções atribuídas ao tribunal, as quais serão abordadas a seguir.

3.3. As funções e o sistema das opiniões consultivas do Tribunal Permanente de Revisão

Em consonância ao disposto no PO, o artigo 2º do Dec. nº 30/05 do CMC estabelece quais são as funções conferidas ao TPR. Segundo Vasconcelos, as funções do TPR são classificadas em: 1) concorrente; 2) de revisão; 3) para adoção de medidas provisórias e 4) consultiva¹⁵.

A competência concorrente diz respeito à submissão da reclamação à fase jurisdicional prevista no PO, após a falta de sucesso na solução da controvérsia na fase política. Deste modo, a reclamação poderá seguir dois caminhos: ela poderá ser enviada a um TAH, que será constituído especialmente para julgar o conflito, poderá ser remetida diretamente ao TPR, como instância única, o qual assumirá a competência de um TAH, conforme o artigo 23, parágrafo 1, do PO¹⁶.

A competência de revisão está relacionada à atuação recursal do TPR dos laudos proferidos pelos TAH. A existência desta competência é a principal diferença entre o procedimento previsto no PO e no PB, visto que o mecanismo anterior não previa a possibilidade de revisão dos laudos prolatados pelos tribunais arbitrais¹⁷.

A partir da entrada em vigor do PO, as partes podem, individualmente, submeter o laudo arbitral prolatado por um TAH ao TPR, o qual exercerá a atuação semelhante de um órgão de apelação¹⁸.

Como órgão revisor, o TPR atua em cada caso concreto com três árbitros, sendo dois nacionais dos Estados Partes envolvidos na controvérsia e o terceiro (presidente), indicado por sorteio entre os árbitros nacionais dos demais Estados Partes¹⁹.

No procedimento de revisão, não são cabíveis alegações de fato ou apresentação de novas provas. Mas, as partes podem recorrer acerca das questões de direito e da interpretação jurídica aplicada. Ressalta-se que em razão da existência do contraditório, as partes podem contestar as alegações apresentadas²⁰.

15 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 18.

16 Idem.

17 Ibid., p. 19.

18 Ibid., p. 20.

19 Idem.

20 Idem.

O TPR possui o prazo de 30 dias, que pode ser prorrogado por mais 15 dias, para decidir pela confirmação, modificação ou revogação dos fundamentos jurídicos e das sentenças arbitrais dos TAH. Não é cabível recurso da decisão proferida pelo TPR, a qual faz coisa julgada²¹.

A competência do TPR para adoção de medidas provisórias está prevista no artigo 24 do PO e na Dec. nº 23/04 do CMC. A adoção de medidas urgentes ocorre a partir de decisão do TPR com base em requerimento feito por Estado Parte em casos excepcionais²².

As medidas provisórias adotadas devem ser proporcionais aos danos demonstrados e executadas de imediato pela parte indicada pelo TPR. Por isso, o Estado requerente deve demonstrar a relevante urgência da medida, a iminência do dano e que a questão não é objeto de controvérsia existente²³.

Destaca-se que não é cabível recurso contra decisão denegatória de medida de urgência pelo TPR, mas não há impedimento de que o Estado requerente realize o procedimento regular de solução de controvérsias pautado no mesmo objeto do pedido de medida de urgência²⁴.

A competência consultiva está prevista no artigo 3º do PO e consiste na emissão de opiniões consultivas, pelo tribunal permanente, aos Estados Partes acerca da correta aplicação do direito regional²⁵.

Ligmanovski e Muniz explicam que o Protocolo estabeleceu ao CMC a responsabilidade de instituir os mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas, bem como o seu alcance e os procedimentos próprios de consulta²⁶. Posteriormente, o CMC regulamentou os procedimentos consultivos nas Decisões nº 37/03 e 02/07²⁷.

Saldanha e Júnior explanam acerca dos legitimados para requerer opiniões consultivas, quais sejam: a) todos os Estados Partes do bloco, atuando conjuntamente; b) órgãos com capacidade decisória do MERCOSUL; c) Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional, nas condições que se estabeleçam para cada caso²⁸.

Vasconcelos preleciona que embora a referida decisão do Conselho tenha legitimado os Estados Partes do bloco e seus tribunais superiores, somente os órgãos com capacidade decisória do MERCOSUL possuem a legitimidade plena para solicitar a consulta ao tribunal permanente²⁹.

Os Estados Partes apenas podem requerer opiniões consultivas quando

21 Idem.

22 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 22.

23 Ibid., p. 23.

24 Idem.

25 Ibid., 2009, p. 21.

26 LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa, MUNIZ, Tânia Lobo. Op. cit., p. 342.

27 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; JUNIOR, Ademar Pozzatti. "Opinião consultiva: desafio (real ou imaginário?) de um instrumento processual de harmonização do direito do Mercosul à intergovernabilidade". In: Congresso Brasileiro de Direito Internacional (6º, 2008). Estudos de Direito Internacional: Anais. MENEZES, Wagner (Coord.). Curitiba: Juruá, 2008. p. 189.

28 Ibid., p. 188.

29 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Idem.

atuarem conjuntamente por meio da anuência quanto ao objeto e conteúdo da consulta, a qual será solicitada ao TPR pela Presidência Pró Tempore³⁰.

Os Tribunais Superiores podem solicitar opiniões consultivas somente quando houver processo em tramitação no Judiciário do Estado Parte suscitante, envolvendo a interpretação jurídica da normativa do bloco³¹.

Com relação aos aspectos formais e materiais da solicitação, ela deverá obrigatoriamente ser realizada por escrito e versar sobre as questões jurídicas pertinentes à consulta e as razões que a motivam, apontando a normativa mercosulina relacionada à opinião consultiva³². O requerimento deverá ser instruído por documentação pertinente à questão objeto da consulta, juntamente com eventuais considerações formuladas pelas partes e pelo Ministério Público (MP) do Estado solicitante. Ressalta-se que o GMC também poderá realizar e remeter suas considerações sobre a respectiva consulta solicitada³³.

Uma vez recebido o pedido de consulta, a ST o enviará imediatamente aos cinco árbitros, os quais terão o prazo de sessenta e cinco dias para proferir a decisão de forma fundamentada, conforme o parágrafo 1, do artigo 7 da Dec. nº 15/2010 do CMC.

Com a finalidade de facilitar a emissão da opinião consultiva, os árbitros do TPR poderão se comunicar à distância por meio de correio eletrônico e fax, como por exemplo. Quando houver a necessidade de reunião entre os árbitros, o TPR deverá informar previamente os Estados Partes a fim de que estes prevejam os fundos necessários para garantir o seu funcionamento, de acordo com o parágrafo 2, do artigo 7 da Dec. nº 15/2010 do CMC.

O artigo 10 da Dec. nº 37/03 do CMC expressa três formas de finalização do procedimento consultivo, quais sejam: a) emissão de uma opinião consultiva; b) não emissão de uma opinião e c) início de um procedimento de solução de controvérsias sobre a mesma questão objeto da consulta. Todas as formas de pronunciamento mencionadas devem ser fundamentadas e notificadas ao peticionante e aos demais Estados Partes por meio da ST³⁴.

O artigo 13 da Dec. nº 37/03 estabelece a obrigatoriedade de publicação no Boletim Oficial do MERCOSUL de todas as opiniões consultivas emitidas pelo TPR, com o intuito de dar publicidade as decisões e criar bases para um pensamento próprio do tribunal permanente³⁵.

O artigo 11 da Dec. nº 37/03, expressa que as opiniões consultivas não são mandamentais, isto é, não possuem efeito vinculante³⁶. Neste

30 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de, Op. cit. p. 21.

31 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; JUNIOR, Ademar Pozzatti. Op. cit. p. 189.

32 Idem.

33 Idem.

34 Ibid., p. 190.

35 NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira, PRADO, Henrique Sartori de Almeida Op. cit., p. 38.

36 FONTOURA, Jorge. "STFortalece Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul". *Gazeta do Povo*, Curitiba, 31 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/stf-fortalece-tribunal-permanente-de-revisao-do-mercosul-1m1ms856gxm7qcp3ymq6tqbta>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

sentido, Vasconcelos explica que essa ausência de obrigatoriedade dificulta a possibilidade de qualquer inovação com características supranacionais, obstruindo a transformação do procedimento consultivo em “um instrumento de afirmação da primazia do direito regional sobre o local”³⁷.

Por sua vez, a ausência de vinculação das opiniões consultivas não impede que manifestações colegiadas constituam uma ferramenta efetiva de cooperação judiciária na aplicação do direito³⁸. Por isso, para que haja manifestação prévia do TPR, é necessário que determinados procedimentos e acordos entre os Estados partes solicitantes sejam realizados, presumindo-se que a opinião consultiva emitida será devidamente aplicada ao caso concreto³⁹.

Até o presente momento apenas três opiniões consultivas foram decididas pelo TPR, quais sejam: Opinião Consultiva nº 1/2007 (solicitada pela Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai), publicada em 03/04/2007; Opinião Consultiva nº 1/2008 (solicitada pela Suprema Corte de Justiça da República Oriental do Uruguai), publicada em 24/04/2009 e Opinião Consultiva nº 1/2009 (solicitada pela Suprema Corte de Justiça da República Oriental do Uruguai), publicada em 15/06/2009.

Embora o sistema consultivo ainda seja pouco utilizado pelos Estados Partes, ele tem se mostrado na prática um instrumento fundamental para a garantia da uniformização da aplicação e interpretação da legislação do MERCOSUL.

4. A SOLICITAÇÃO DE OPINIÃO CONSULTIVA PELO BRASIL E O ACESSO DEMOCRÁTICO

4.1. A competência do Supremo Tribunal Federal

O artigo 1º da Dec. nº 02/07 prevê a legitimidade dos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes para solicitar opiniões consultivas ao TPR. De acordo com o artigo 4º da referida Decisão, as opiniões solicitadas deverão estar vinculadas às causas em curso no Poder Judiciário ou em instâncias jurisdicionais contencioso-administrativas do Estado Parte solicitante além de se referir exclusivamente à interpretação jurídica da normativa do bloco. Todavia, cada Suprema Corte de Justiça dos Estados Partes deverá estabelecer o seu procedimento para os pedidos de consulta.

De acordo com o artigo 2º da Decisão supracitada, as Supremas Cortes de Justiça dos Estados Partes competentes para requerer opiniões consultivas são: Corte Suprema de Justicia de la Nación (República Argentina); Supremo Tribunal Federal (STF) (República Federativa do Brasil); Corte Suprema de Justicia (República do Paraguai); Suprema Corte de Justicia y Tribunal de lo Contencioso Administrativo (República Oriental do Uruguai) e Tribunal Supremo de Justicia (República Bolivariana da Venezuela).

37 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 22.

38 FONTOURA, Jorge. Op. cit., Idem.

39 RODAS, João Grandino. Op. cit., Idem.

É importante mencionar que as solicitações de opiniões consultivas foram regulamentadas primeiramente pelo Uruguai por meio da Acordada 7604/2007, na sequência pela Argentina por meio da Acordada 13/2008, pelo Paraguai, pela Acordada 549/2011, e por último, pelo Brasil por meio da Emenda Regimental 48/2012⁴⁰.

A demora do Brasil em regulamentar o procedimento para requerer as opiniões consultivas esvaziava significativamente a atuação do TPR, visto que o país atualmente é caracterizado como o grande contendor regional, concentrando mais de setenta por cento do PIB do bloco⁴¹.

Neste contexto, a regulamentação do procedimento de solicitação de opiniões consultivas pelo STF representou um importante avanço na relação de cooperação entre o juiz nacional e o TPR, contribuindo para a uniformização da interpretação e aplicação da legislação do MERCOSUL nas decisões do Poder Judiciário brasileiro.

A Emenda Regimental nº 48/2012 do STF estabelece que tanto o juiz da causa quanto alguma das partes de processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro podem solicitar o encaminhamento de opiniões consultivas ao TPR.

4.2. O procedimento brasileiro de solicitação de opinião consultiva

O STF instituiu o procedimento brasileiro de solicitação de opiniões consultivas ao TPR por meio da Emenda Regimental nº 48/2012, acrescentando o inciso VIII ao artigo 7º e os artigos 354-H a 354-M no seu Regimento Interno.

Em consonância com o artigo 4º da Dec. 02/07 do CMC, a solicitação da opinião consultiva deve originar-se obrigatoriamente de processo em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro e limitando-se exclusivamente à vigência ou interpretação jurídica do TA, do POP, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do TA, das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC e das Diretrizes do CCM.

Nogueira e Prado explicam que a dúvida – surgida no curso do processo – a respeito da vigência ou interpretação da normativa mercosulina deverá ser solucionada antes da prolação da sentença ou acórdão para que possa ser útil para a demanda que ensejou a opinião consultiva⁴².

No tocante à legitimidade, o artigo 354-I prevê que o encaminhamento dos pedidos de consultas ao TPR deve ser realizado pelo juiz da causa ou por alguma das partes.

A opinião consultiva solicitada deve conter: 1) a exposição dos fatos e do objeto da solicitação; 2) a descrição das razões que motivaram o pedido; 3) a indicação precisa da Normativa MERCOSUL que fundamenta a consulta;

40 LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa, MUNIZ, Tânia Lobo. Op. cit., p. 345.

41 FONTOURA, Jorge. Op. cit., Idem.

42 NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira, PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Op. cit., p. 37.

4) a indicação do juízo e da ação em que originada a solicitação.

A solicitação deve ser realizada por escrito, podendo estar acompanhada de considerações formuladas pelas partes em litígio e pelo MP sobre a questão objeto da consulta. O pedido também deve ser encaminhado com qualquer documentação que possa contribuir para a sua instrução.

Ao receber a solicitação, o Presidente do STF inicia o processo de colheita de votos dos demais Ministros por meio do processo virtual ou, caso seja necessário, encaminha cópias aos Ministros antes da sessão administrativa designada para deliberação acerca dos requisitos de admissibilidade do pedido bem como de sua pertinência processual.

Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, a solicitação é enviada ao TPR junto com cópias para a Secretaria do MERCOSUL e para os demais Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes.

Após o recebimento da solicitação, o TPR se pronunciará dentro do prazo de sessenta e cinco dias, conforme disposto no Dec. nº 15/10 do CMC.

Da mesma forma que o artigo 11 da Dec. nº 37/03 do CMC, o artigo 354-M expressa que a opinião consultiva emitida pelo TPR não possui caráter vinculante nem obrigatório. Neste sentido, o requerimento de uma opinião consultiva por um juiz nacional servirá somente como instrumento hábil para orientá-lo na sua decisão⁴³.

Embora o Brasil não tenha utilizado o sistema consultivo até o presente momento, evidencia-se que o estabelecimento das regras procedimentais de solicitação de opiniões consultivas pelo STF foi fundamental para garantir a proteção dos direitos fundamentais, bem como a democratização do acesso à jurisdição do TPR pelos brasileiros.

4.3. A democratização brasileira do acesso ao Tribunal

A Emenda Regimental nº 48/2012 do STF estabelece que tanto o juiz da causa quanto alguma das partes de processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro podem solicitar o encaminhamento de opiniões consultivas ao TPR.

Neste contexto, os particulares – na qualidade de parte processual – podem formular pedido de opinião consultiva ao TPR. Vasconcelos e Tavares mostram que essa forma de acesso à justiça mercosulina pelos particulares representa “un movimiento evolutivo indispensable para que la integración siga teniendo al ciudadano en su núcleo”⁴⁴.

Faz-se mister esclarecer que os particulares não possuem acesso direto ao TPR para apresentar de forma autônoma as suas demandas, visto que dependem do seu Estado para realizarem suas reclamações aos órgãos arbitrais. Nogueira e Prado explicam que se trata de um acesso indireto dos particulares, porque somente os Tribunais Superiores de cada Estado Parte são legitimados para enviar formalmente um pedido de consulta ao TPR. No

43 NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira, PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Op. cit., p. 40.

44 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sergio Maia. Op. cit., p. 126.

caso brasileiro, o STF é o responsável por encaminhar ao TPR as solicitações de opiniões consultivas dos tribunais inferiores⁴⁵.

De acordo com a Dec. 37/02 do CMC e com as regulamentações dos Estados Partes, infere-se que o Brasil é o único país do bloco a atribuir legitimidade às partes para requerer opinião consultiva, mesmo que indiretamente. Os demais Estados Partes legitimaram apenas o juiz da causa para fazê-lo⁴⁶.

A regulamentação do STF permite que não somente os juízes nacionais solicitem opiniões consultivas, mas que as próprias partes o façam, democratizando, desta forma, o uso do instituto⁴⁷. Gomes afirma que a democratização do acesso ao TPR por meio do sistema das opiniões consultivas “posibilita al particular y a los propios magistrados de instancias inferiores buscar la mejor forma de interpretación y de aplicación de las normativas Mercosur”⁴⁸.

Deste modo, a legitimidade atribuída aos particulares pelo STF se trata de uma contribuição fundamental para correta aplicação e interpretação das normas do MERCOSUL no território brasileiro além de democratizar o acesso ao TPR pelos brasileiros, representando um importante passo a ser seguido pelos demais Estados Partes.

CONCLUSÃO

Inicialmente, o MERCOSUL foi criado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai para fortalecer a integração econômica, política e social entre os Estados Partes. Conforme o processo de integração do bloco foi evoluindo, novos acordos foram celebrados e novas instituições foram criadas, como o Tribunal Permanente de Revisão (TPR).

A instituição do TPR pelo PO, instância jurisdicional permanente, representa um importante passo para a harmonização da legislação mercosulina, e, conseqüentemente, para a consolidação da democracia.

Dentre as funções desempenhadas pelo TPR, encontra-se a consultiva que consiste na emissão de opiniões consultivas mediante o requerimento de consulta encaminhado pelos Tribunais Superiores dos Estados Partes ao TPR.

A regulamentação do procedimento brasileiro de solicitação de opinião consultiva pelo STF expressa um avanço significativo na relação de cooperação entre o Poder Judiciário brasileiro e o TPR, contribuindo para a uniformização da aplicação e interpretação da normativa do MERCOSUL.

45 NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira, PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Op. cit., p. 39.

46 Idem.

47 Ibid., p. 40.

48 GOMES, Eduardo Biacchi. “La democratización del acceso al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de las opiniones consultivas”. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR), Asunción, República del Paraguay, Año 2, Nº 4, p. 49-63, ago. 2014, p. 61.

O STF estabeleceu que os juízes nacionais e as partes de processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro podem pleitear o encaminhamento de opiniões consultivas ao TPR. Deste modo, desde que sejam partes em processos que envolvam a discussão acerca da vigência ou interpretação da normativa mercosulina, os particulares poderão formular pedido de opiniões consultivas.

É importante ressaltar que o acesso dos particulares ao TPR não ocorre de forma direta, em razão da exclusividade atribuída aos Tribunais Superiores de cada Estado Parte para encaminhar formalmente as solicitações de opiniões consultivas ao TPR.

Atualmente, o Brasil é o único integrante do bloco que conferiu legitimidade aos particulares para requerer opinião consultiva, mesmo que de modo indireto, sendo que nos demais Estados Partes apenas os juízes nacionais podem realizá-la.

Deste modo, o procedimento consultivo regulamentado pelo STF permite que além dos magistrados, as partes também possam solicitar o encaminhamento de opiniões consultivas pelo STF ao TPR, democratizando o acesso dos brasileiros ao sistema de opiniões consultivas instituído pelo MERCOSUL.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Curso de Direito Internacional Público. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. Emenda Regimental nº 48, de 3 de abril de 2012. Acrescenta o inciso VIII ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e acrescenta outros dispositivos. Republicada no DJE/STF, n. 72, p. 1, em 13/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental048-2012.pdf>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

FONTOURA, Jorge. “STF fortalece Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul”. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 31 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/stf-fortalece-tribunal-permanente-de-revisao-do-mercosul-1m1ms856gxm7qcp3ymq6tqbta>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

GOMES, Eduardo Biacchi. “La democratización del acceso al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de las opiniones consultivas”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, 2014, Año 2, nº4, p. 49-63.

LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa; MUNIZ, Tânia Lobo. “A função consultiva do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e seus reflexos na promoção das relações intrabloco”. In: *XV Congresso Internacional do Fórum Universitário Mercosul (FoMerco, 2., 2015)*, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro: FoMerco, 2015, p. 339-349.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público /Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES, Wagner. Direito Internacional na América Latina./ Wagner Menezes./ Curitiba: Juruá, 2007.

MORGADO, Taís Tiemy Ikeda. “Solução de controvérsias no Mercosul: a busca pela efetividade”. [Trabalho de Conclusão de Curso]. Orientadora: Tânia Lobo Muniz. Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2015.

NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO, Henrique Sartori de Almeida. “Mercosul: do sistema de solução de controvérsias à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário brasileiro”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, 2014, Año 2, nº4, p. 27-47.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar / Francisco Rezek. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

RODAS, João Grandino. A competência do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul para emitir opiniões consultivas. 2008. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/A_Competencia_do_Tribunal_Permanente_de_Revisao_do_Mercosul_para_emitir_Opinioes_ConsultivasJoao_Grandino_Rodas_portugues.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

SAIBA mais sobre o MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/index.php/saiba-mais-sobre-o-mercossul>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; JUNIOR, Ademar Pozzatti. “Opinião consultiva: desafio (real ou imaginário?) de um instrumento processual de harmonização do direito do Mercosul à intergovernabilidade”. In: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional (6º, 2008)*. Estudos de Direito Internacional: Anais. MENEZES, Wagner (Coord.). Curitiba: Juruá, 2008. p. 185-193.

VARELLA, Marcelo D. Direito Internacional Público. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 400.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sergio Maia. “La competencia consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur: legitimación y objeto”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (RSTPR)*, , Año 2, nº4, p. 117-134.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul". *Revista Ética e Filosofia Política*, Minas Gerais, vol. 2, nº11, p. 01-30.



The request of advisory opinions by Supreme Federal Court: democratization of access to the Permanent Court of Review of MERCOSURs

Abstract: This study aims to discuss about the request of advisory opinions to the Permanent Court of Review (TPR) of Mercosur by the Supreme Federal Court (STF), demonstrating the democratization of access to this Court by the Brazilian Supreme Court. To this end, the study used deductive method, through which part is a general premise for a particular case, and applied research technique is the indirect documentation through documental and bibliographic research. It first, analyzes the creation of the Mercosur, the International Dispute Settlement Means and the Settlement System of block Controversies. Subsequently, checks the creation, the composition, operation and functions of the Permanent Review Tribunal (TPR) of Mercosur, with a focus on advisory function of this Court. Finally, examines the solicitation procedure for advisory opinions by the Supreme Federal Court in order to highlight the democratization of access to permanent Court by brazilians.the Central American economic integration.

Keywords: Mercosur, Advisory opinions, Dispute settlement system, Supreme Federal Court, Permanent Court of Review.

RESUMO BIOGRÁFICO

Georgia Anastácia Campana Murari, Bacharela em direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em direito do estado pela Universidade Estadual de Londrina. Estudante especial do mestrado em direito negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada (Licenciada) Inscrita na Ordem da Ordem dos Advogados do Brasil sob o Nº 79.963 - Seção do Paraná - Subseção de Londrina. Juíza leiga do Juizado Especial Cível e Fazenda Pública da Comarca de Jaguapitã (2017). Assessora de Gabinete do Juízo Único da Comarca de Centenário do Sul.

Bases jurídicas institucionales del proceso de integración económica centroamericana

Bases jurídicas institucionais do processo de integração econômica centro-americana

Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera* 

* Universidad Simón Bolívar, Venezuela

Resumen: Esta investigación documental, descriptiva y analítica propone explicar las características y los fundamentos jurídicos de la integración económica centroamericana, así como, la organización de su estructura institucional. En ese sentido, se examinaron los tratados fundacionales, el derecho comunitario centroamericano, la jurisprudencia de la Corte Centroamericana de Justicia, la teoría de los regímenes internacionales y determinados principios del derecho internacional público, con la finalidad de consolidar e ilustrar los objetivos propuestos por la integración económica centroamericana.

Resumo: Esta pesquisa documental, descritiva e analítica se propõe a explicar as características e os fundamentos jurídicos da integração econômica centro-americana, bem como a organização de sua estrutura institucional. Nesse sentido, foram examinados os tratados fundadores, o direito comunitário centro-americano, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da América Central, a teoria dos regimes internacionais e alguns princípios do direito internacional público, a fim de consolidar e ilustrar os objetivos propostos pela Central Integração econômica americana.

Palabras clave: Sistema de Integración Centroamericana, Mercado Común, Desarrollo, Derecho comunitario, Solución de controversias.

Palavras-chave: Sistema de Integração Centro-americana, Mercado Comum, Desenvolvimento, Direito comunitário, Resolução de disputas.

E-mail: rodriguezcarol@usb.ve

Recibido: 15/10/2020. Aceptado: 09/11/2021.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

1. INTRODUCCIÓN

Esta investigación propone explicar las bases jurídicas institucionales del proceso de integración económica centroamericana, en ese sentido, se destaca la importancia de los acuerdos regionales para los países que los adoptan, específicamente, se esboza una reseña histórica de las instituciones que sustentan la integración centroamericana desde sus inicios en 1960, los protocolos sucesivos y la jurisprudencia comunitaria que han surgido con la finalidad de impulsar el cumplimiento de los objetivos de consolidar un mercado común centroamericano e insertarse de forma adecuada al dinamismo del contexto internacional.

Por esas razones, este estudio se enfoca en exponer en primer lugar, las perspectivas de la integración desde los ordenamientos jurídicos fundamentales de los Estados miembros del sistema de la integración centroamericana como fines del Estado; luego, se abordará la estructura institucional del Sistema de Integración Centroamericana, su composición, funciones y características, desde el ámbito jurídico, a partir de la revisión de sus tratados constitutivos y las características de sus instituciones y ordenamiento jurídico comunitario. Seguidamente, se abordará el mecanismo de solución de controversias de la integración centroamericana y se ilustrará con jurisprudencia de la Corte Centroamericana de Justicia. También, se expondrá brevemente los lineamientos sobre la constitución de una Región de paz, libertad, democracia y desarrollo, que son valores cardinales de dicha integración. Asimismo, para ampliar el análisis se incorporarán los fundamentos teóricos de las instituciones internacionales de integración regional, particularmente, la teoría de los regímenes internacionales. Finalmente, se presentarán las conclusiones de la investigación.

Los acuerdos regionales como grupos más pequeños pueden ser más eficaces para afrontar los temas en comparación con el proceso multilateral. Además, los grupos regionales de integración económica pueden tener agendas más amplias, precisas y más cercanas a su realidad, con objetivos similares y/o complementarios. Asimismo, por su vecindad e historia compartida se puede lograr un conocimiento y tratamiento más apropiado a los problemas de la región.

La creación del Mercado Común Centroamericano (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua) mediante el Tratado de Managua (TM), acordado el 13 de diciembre de 1960, así como, analógicamente, el Acuerdo de Cartagena o Grupo Andino, el 26 de mayo de 1969, y la *Caribbean Community* o Comunidad del Caribe (CARICOM) en 1968, correspondían a un tipo de regionalismo orientado a buscar el descenso de los aranceles entre los miembros del grupo, hasta alcanzar gradualmente su eliminación y crear una zona de libre comercio. También se proponían establecer un arancel externo común y la libre circulación de bienes entre los países miembros, para conformar una unión aduanera, y finalmente, un mercado común.

De acuerdo con Edgar Moncayo¹, el primer regionalismo estuvo enfocado en la sustitución de las importaciones y la industrialización principalmente, la complementación productiva de los países socios, la asignación planificada de recursos, dirigida por el Estado, y el tratamiento preferencial para países de menor desarrollo. Posteriormente, en los años noventa se propició un giro hacia un regionalismo abierto que promueve una apertura de comercio hacia el exterior. Este segundo regionalismo o regionalismo abierto se fundamenta en una orientación hacia las exportaciones e integración competitiva a la economía mundial.

Ahora bien, en el caso de la integración centroamericana, el Tratado de Managua de 1960 constituyó una arquitectura institucional como el Banco Centroamericano de Integración Económica con personalidad jurídica propia (Artículo 18), el Consejo Económico Centroamericano y el Comité de Cooperación Económica (Artículo 20), el Consejo Ejecutivo (Artículo 21) y una Secretaría Permanente (Artículo 23).

A la postre, emerge el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), firmado en la ciudad de Tegucigalpa, República de Honduras, el 13 de diciembre de 1991, por los Presidentes constitucionales Rafael Angel Calderon Fournier de Costa Rica, Alfredo F. Cristiani Burkard de El Salvador, Jorge Serrano Elías de Guatemala, Rafael Leonardo Callejas Romero de Honduras, Violeta Barrios de Chamorro de Nicaragua, y Guillermo Endara Galimany de Panamá. Este Tratado fundacional reformó la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), suscrita en la ciudad de Panamá, República de Panamá, el día 12 de diciembre de 1962.

Es preciso señalar que el Protocolo de Tegucigalpa concibe la integración económica regional centroamericana como una comunidad económica política. Sobre el particular, el Artículo 3 establece que:

EL SISTEMA DE LA INTEGRACION CENTROAMERICANA tiene por objetivo fundamental la realización de la integración de Centroamérica, para constituir la como Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo.

Como puede notarse, se delimitan los pilares de la integración centroamericana que instituye el tipo de región a la que aspira. En ese orden de ideas, el objetivo de la integración centroamericana es alcanzar la paz mediante el desarrollo. Lo neurálgico es no trasgredir los derechos adquiridos por las personas y preservarlos, tendiendo al bienestar general de la población, tomando en cuenta los valores fundamentales, la ventura de sus pueblos y la cultura de los derechos progresivos.

En ese orden de ideas, el 29 de octubre de 1993, los Presidentes Centroamericanos convinieron en Guatemala, el Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana, conocido como Protocolo de Guatemala, el cual está vigente para todos los Estados Parte del Tratado

1 MONCAYO, Edgard. *Segundo regionalismo o regionalismo abierto. Las relaciones externas de la Comunidad Andina*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.

General de Integración Económica Centroamericana desde el 19 de mayo de 1997.

Posteriormente, se efectuó en Nicaragua el 27 de febrero de 2002, una Enmienda que reforma parcialmente el Protocolo de Guatemala de 1993, con la finalidad de adaptar el Protocolo a los desafíos vertiginosos del proceso de integración, y agilizar la implementación de acciones para el cumplimiento de los objetivos comunitarios, para ello acordaron:

Artículo primero: Se modifica el artículo 38 el cual queda como sigue:

Artículo 38

1. El Consejo de Ministros de Integración Económica estará conformado por el Ministro que en cada Estado Parte tenga bajo su competencia los asuntos de la integración económica y tendrá a su cargo la coordinación, armonización, convergencia o unificación de las políticas económicas de los países.

2. El Consejo de Ministros de Integración Económica, constituido de conformidad con el párrafo anterior, subroga en sus funciones al Consejo Arancelario y Aduanero Centroamericano y a todos los demás órganos creados en instrumentos precedentes a este Protocolo en materia de integración económica centroamericana².

Es necesario resaltar que el objetivo y los principios de la integración centroamericana están en concordancia con los 17 objetivos de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas de septiembre de 2015. En ese orden de ideas, hay metas transversales que pueden ser implementadas aprovechando la institucionalidad comunitaria existente del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), así como, las instituciones nacionales e internacionales, para desarrollar estrategias de formación y capacitación a través de seminarios, talleres, cursos y asistencia y cooperación técnica que propendan a la consecución de esos objetivos.

Es oportuno indicar también, que la integración regional puede tener dimensiones distintas, que puede perfilarse como metas la constitución de una zona de libre comercio, unión aduanera, o unión económica y monetaria.

De manera breve puede explicarse que: a) los tratados preferenciales de comercio buscan la disminución de aranceles entre los Estados partes; b) la zona de libre comercio constituye un área por donde circulan libremente las mercancías, sin pagar arancel y sin restricciones, pero los países mantienen autonomía de su política comercial con terceros países; c) en la unión aduanera, existe libre comercio entre un grupo de países y éstos aplican un arancel externo común para las importaciones procedentes de terceros países. Por su parte; d) el mercado común busca además de la libre circulación de bienes y servicios, movilidad de factores (capital, trabajo). Mientras que; e) la unión económica involucra metas adicionales como armonización de sus políticas económicas nacionales; y, la unión monetaria suma una política monetaria común³.

² Artículo Primero de la Enmienda que reforma parcialmente el Protocolo de Guatemala, 27 de febrero de 2002.

³ MATTLI, Walter. *The Logic of Regional Integration, Europe and Beyond*. Cambridge:

De acuerdo con lo que se ha señalado precedentemente, el SICA propone un mercado común centroamericano, es decir, propone la libertad de circulación de bienes, servicios, capital y trabajo. Asimismo, el modelo centroamericano de integración es de naturaleza intergubernamental, requiriéndose la colaboración, cooperación y coordinación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros del grupo centroamericano y las autoridades de los órganos comunitarios. De esta manera, la estructura institucional inaugurada con el Protocolo de Tegucigalpa, organiza los cimientos medulares que han permitido la trayectoria y labores integracionistas.

2. PERSPECTIVAS DE LA INTEGRACIÓN DESDE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DEL SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

Cuando los Estados se comprometen en las relaciones internacionales a través de un acuerdo asumen obligaciones de hacer que honren su participación y se espera la conducta de buena fe entre los socios. Es un principio del derecho que los acuerdos deben cumplirse. Por tanto, deben abstenerse de adoptar medidas contrarias a los acuerdos legales. Como se ha expuesto, el Sistema de la Integración Centroamericana, cuenta como Estados Miembros a Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Posteriormente ingresaron como Estados miembros plenos Belize (2000) y la República Dominicana (2013).

Como ya se adelantó, el foco de este trabajo se circunscribirá a las bases jurídicas institucionales del proceso de integración económica centroamericana, sus órganos e instituciones, el derecho comunitario y su sistema de solución de controversias, es decir, una visión de conjunto. No obstante, resulta útil esbozar a grandes rasgos, algunas consideraciones sobre la integración centroamericana previstas en sus textos constitucionales nacionales, con la finalidad de ilustrar la consonancia entre los intereses nacionales y los intereses comunitarios.

Debe apuntarse también, que la suscripción de tratados internacionales por parte de los Estados forma parte de su política exterior, mediante la cual se trata de lograr los fines permanentes del Estado, que no pueden ser logrados internamente sin la interacción y la cooperación con el exterior. En suma, la política exterior responde y es producto de la interacción de las demandas del Estado que emanan de su naturaleza interna (sistema nacional) y de su condición de actor internacional (sistema internacional), (Guerón & Ferrigni, 1973).

Asimismo, se aprecia que el interés nacional deriva de los patrones de la cultura política nacional ya que incluye todo lo que la nación considera deseable como resultado de la convicción, valores, afectos de sus miembros.

Es así como, debe señalarse que la Constitución Política de la República de Costa Rica (7 de noviembre de 1949, actualizada con la Reforma 8106/2001)

delinea el procedimiento y la jerarquía de los tratados públicos, los convenios internacionales y concordatos, con el debido tratamiento en el Poder Legislativo en aras de velar por el principio de legalidad y Estado de Derecho que consagra. En ese sentido, una vez aprobados son parte del ordenamiento jurídico nacional y deben ser acatados. Ahora bien, no se observa una referencia expresa sobre la integración regional centroamericana, pero si se contemplan los tratados internacionales como parte de su política exterior en aquellas áreas de su interés nacional. Particularmente, la Constitución de la República de Costa Rica señala lo siguiente:

Artículo 7. Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto. (Constitución Política de Costa Rica, 1949; Reforma de 2001).

Artículo 140. Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

10. Celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Legislativa o por una Asamblea Constituyente, cuando dicha aprobación la exija esta Constitución. Los protocolos derivados de dichos tratados públicos o convenios internacionales que no requieran aprobación legislativa, entrarán en vigencia una vez promulgados por el Poder Ejecutivo.

12. Dirigir las relaciones internacionales de la República. (Constitución Política de Costa Rica, 1949; Reforma de 2001).

Por su parte, la Constitución Política de la República de El Salvador (16 de diciembre de 1983, actualizada mediante la reforma introducida por el Decreto Ley Nº 56, del 6 de julio del 2000 de la Asamblea Constituyente) si menciona la integración centroamericana, y la define como una integración humana, económica, social y cultural basada en el respeto a la democracia, los principios republicanos y los derechos individuales y sociales de las personas. Además, destaca la posibilidad de erigir organismos con funciones supranacionales por medio de tratados. Específicamente, la Constitución de la República de El Salvador dispone lo siguiente:

Artículo 89.- El Salvador alentará y promoverá la integración humana, económica, social y cultural con las repúblicas americanas y especialmente con las del istmo centroamericano. La integración

podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las repúblicas interesadas, los cuales podrán contemplar la creación de organismos con funciones supranacionales. También propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, en forma unitaria, federal o confederada, con plena garantía de respeto a los principios democráticos y republicanos y de los derechos individuales y sociales de sus habitantes. El proyecto y bases de la unión se someterán a consulta popular. (Constitución de la República de El Salvador, 1983; Reforma, 2000).

Ahora bien, la Constitución política de la República de Guatemala (31 de mayo de 1985 vigente desde el 14 de enero de 1986, y las reformas constitucionales ratificadas el 17 de noviembre de 1993 por la Asamblea Nacional Constituyente) consagra como obligación del Estado la defensa de la integración económica centroamericana, con fundamento en la igualdad y la búsqueda del progreso y beneficio mutuo. Al respecto, es pertinente distinguir los artículos 149, 150 y 151 de la Constitución de la República de Guatemala, porque detallan los principios ordenadores de sus relaciones internacionales y la integración centroamericana, donde se observa la aspiración de formar parte de una región de paz, libertad y defensa de derechos humanos. En ese sentido, la Constitución de la República de Guatemala contiene los siguientes planteamientos:

Artículo 149. De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados. (Constitución de la República de Guatemala, 1986; Reforma de 1993).

Artículo 150. De la comunidad centroamericana. Guatemala, como parte de la comunidad centroamericana, mantendrá y cultivará relaciones de cooperación y solidaridad con los demás Estados que formaron la Federación de Centroamérica; deberá adoptar las medidas adecuadas para llevar a la práctica, en forma parcial o total, la unión política o económica de Centroamérica. Las autoridades competentes están obligadas a fortalecer la integración económica centroamericana sobre bases de equidad. (Constitución de la República de Guatemala, 1986; Reforma de 1993).

Artículo 151. Relaciones con Estados afines. El Estado mantendrá relaciones de amistad, solidaridad y cooperación con aquellos Estados, cuyo desarrollo económico, social y cultural, sea análogo al de Guatemala, con el propósito de encontrar soluciones apropiadas a sus

problemas comunes y de formular conjuntamente, políticas tendientes al progreso de las naciones respectivas. (Constitución de la República de Guatemala, 1986; Reforma de 1993).

Por otro lado, la Constitución Política de la República de Honduras (11 de enero 1982, con reformas hasta el Decreto 2 de 1999 de la Asamblea Nacional Constituyente), apuntala la política de integración económica y social nacional e internacional para favorecer la calidad de vida de la población, y especialmente afirma la integración centroamericana. Cabe destacar los siguientes artículos de la Constitución de la República de Honduras:

Artículo 245. El Presidente de la República tiene la administración general del Estado; son sus atribuciones:

34. Dirigir y apoyar la política de Integración Económica y Social, tanto nacional como internacional, tendente al mejoramiento de las condiciones de vida del pueblo hondureño; (Constitución de la República de Honduras, 1982; Reforma, 1999).

Artículo 335 El Estado ordenará sus relaciones económicas externas sobre las bases de una cooperación internacional justa, la integración económica centroamericana y el respeto de los tratados y convenios que suscriba, en lo que no se oponga al interés nacional. (Constitución de la República de Honduras, 1982; Reforma, 1999).

Asimismo, es oportuno indicar que la Constitución política de la República de Nicaragua, de 19 de noviembre de 1986 y sus reformas (1987-2000) aprobadas por la Asamblea Nacional, también reconocen la integración regional centroamericana y la cooperación como principio orientador de la nación, y destaca la necesidad de preservar la paz en la región. Además, describe el control de legalidad de los acuerdos internacionales celebrados a través de la Asamblea Nacional. En ese sentido, conviene señalar los siguientes artículos de la Constitución de la República de Nicaragua:

Artículo 5. Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos.

Nicaragua privilegia la integración regional y propugna por la reconstrucción de la Gran Patria Centroamericana. (Constitución de la República de Nicaragua, 1986; Reformas, 1987, 2000).

Artículo 9. Nicaragua defiende firmemente la unidad centroamericana, apoya y promueve todos los esfuerzos para lograr la integración política y económica y la cooperación en América Central, así como los esfuerzos por establecer y preservar la paz en la región. Nicaragua aspira a la

unidad de los pueblos de América Latina y el Caribe, inspirada en los ideales unitarios de Bolívar y Sandino. En consecuencia, participará con los demás países centroamericanos y latinoamericanos en la creación o elección de los organismos necesarios para tales fines. Este principio se regulará por la legislación y los tratados respectivos. (Constitución de la República de Nicaragua, 1986; Reformas, 1987, 2000).

Artículo 138. Son atribuciones de la Asamblea Nacional:

11. Aprobar o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales de carácter económico; de comercio internacional; de integración regional; de defensa y seguridad; los que aumenten el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación; y los que vinculan el ordenamiento jurídico del Estado. (Constitución de la República de Nicaragua, 1986; Reformas, 1987, 2000).

Por otra parte, la Constitución Política de la República de Panamá (11 de octubre de 1972, con reformas de 1978, 1983 y 1994), tiene una referencia a la integración regional en el Preámbulo, en los siguientes términos:

Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de Panamá (Preámbulo de Constitución Política de la República de Panamá, 1972; Reformas, 1978, 1983, 1994).

Mientras que en la Constitución de la República Dominicana de 25 de julio de 2002, no hay disposición expresa sobre la integración regional, sin embargo, se resaltan el respeto al derecho internacional general y la solidaridad económica de los países de la región. De manera que, el artículo 3 de la Constitución de la República Dominicana establece que:

Artículo 3... La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia en favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas. (Constitución de la República Dominicana, 2000).

A su vez, la Constitución de Belize de 1981 con las reformas de 1990, propone básicamente, la promoción de la paz internacional, la seguridad y el orden económico y social internacional equitativo en el mundo con respeto por el derecho internacional y las obligaciones de los tratados entre las naciones.

...e. require policies of state which protect and safeguard the unity, freedom, sovereignty and territorial integrity of Belize; which eliminate economic and social privilege and disparity among the citizens of Belize whether by race, colour, creed or sex; which prowl the rights of the individual to life, liberty and the pursuit of happiness; which preserve the right of the individual to the ownership of private property and the right to opera private or by the state; which ensure a just system of social security and welfare; which protect the environment; which promote international peace, security and co- equitable international economic and social order in the world with respect for international law and treaty obligations in the dealings among nations.

Según lo expuesto precedentemente, las Constituciones de El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá hacen referencia expresa a la integración regional, y resalta que la Ley fundamental salvadoreña agrega el término de supranacionalidad cuando contempla que se podrán crear mediante tratados, órganos con funciones supranacionales. Mientras que, las Cartas magnas de Costa Rica, Belize y la República Dominicana, se limitan a consagrar los Tratados internacionales para el desarrollo de sus relaciones con los demás Estados para el cumplimiento del interés nacional, así como, para el beneficio común de las partes involucradas. Entonces, a partir del pacto asumido entre los Estados surge una obligación correspondiente al principio de Pacta Sunt Servanda, cumplir lo acordado, análogo con la buena fe que se espera de los Estados como actores internacionales.

3. ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

El Artículo 8 del Protocolo de Tegucigalpa demarca la estructura institucional de la nueva integración centroamericana y señala que los órganos e instituciones de integración tendrán autonomía funcional para el desempeño de sus actividades, y a la vez advierte que, será necesaria la coordinación intersectorial para la consecución de los objetivos comunitarios en los ámbitos económico, social, cultural y político.

Conviene agregar que las actividades administrativas derivadas del ordenamiento jurídico comunitario son llevadas a cabo por las administraciones nacionales. Así por ejemplo, en la ejecución las actividades de control sanitario, de la recaudación de aranceles o de la administración de procedimientos aduaneros de las mercancías que ingresan o circulan en la región; gestiones de registro de derechos de la propiedad industrial, o el control migratorio de los ciudadanos que circulan en el territorio comunitario, los Estados miembros se rigen por el principio de autonomía institucional y de procedimiento, es decir, que corresponde a los ordenamientos jurídicos nacionales determinar las autoridades competentes, así como, los actos a través de los cuales manifiestan su voluntad, y los procedimientos destinados a cumplir las normas comunitarias.

Estas características se conocen como administración indirecta o descentralizada y autonomía institucional en la ejecución del derecho comunitario⁴. A la par, otros principios clásicos que guían a los esquemas de integración económica regional, son el principio de legalidad y el principio “*pacta sunt servanda*”, contenido en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según el cual, “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Complementariamente, el Artículo 27 de dicha Convención dispone que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁵. Estas disposiciones resultan provechosas para la interpretación o aclaración de alguna norma que pudiera ocasionar una diferencia entre las partes de un acuerdo. Estos principios jurídicos han sido corroborados por la Corte Centroamericana de Justicia (Expediente Nº 3-20-7-2018), el 25 de enero de 2019, este órgano jurisdiccional resolvió que:

Además, este Tribunal considera que el Art. 4 literal h) del PT reafirma el comportamiento de buena fe (santidad de los tratados o *Pacta Sunt Servanda*) de los Estados Miembros en el cumplimiento de sus obligaciones, exigiendo en forma imperativa abstenerse de establecer, convenir o adoptar medidas que sean opuestas a las disposiciones del PT o que obstaculice el cumplimiento de los principios fundamentales del SICA. Finalmente, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”⁶.

Hay que resaltar que, siguiendo en concreto, las disposiciones del Protocolo de Tegucigalpa (PT), los órganos del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) son los siguientes (Artículo 12 PT):

1) La Reunión de Presidentes: Es el órgano supremo integrado por los Presidentes constitucionales de los Estados Miembros (Artículos 13, 14 y 15 del PT), quienes se reunirán ordinaria o extraordinariamente, y tomarán sus decisiones por consenso, en temas como democracia, desarrollo, libertad, paz y seguridad.

2) El Consejo de Ministros: Está integrado por los Ministros sectoriales y, en caso extraordinario, por un Viceministro. Ejecutan las decisiones acogidas por la Reunión de Presidentes para el sector específico, y acomodan los temas pertinentes para dicha Reunión. Asimismo, el Consejo de Ministros

4 SOBRINO HEREDIA, José M. “El derecho de integración, Marco conceptual y experiencias de la Unión Europea”. *Documento Informativo, Secretaría General de la Comunidad Andina*. SG/di, 288. Lima, 2006.

5 Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

6 Corte Centroamericana de Justicia, Expediente Nº 3-20-7-2018, 25 de enero de 2019.

de Relaciones Exteriores es el órgano principal de coordinación (Artículos 16 y 17 al 21 del PT). En el Consejo de Ministros, cada Estado Miembro tendrá sólo un voto. Las decisiones sobre cuestiones de fondo deberán ser adoptadas por consenso. Cuando haya duda sobre si una decisión es de fondo o de procedimiento, se resolverá por mayoría de votos (Artículo 21 del PT).

3) El Comité Ejecutivo: Es el órgano permanente del SICA (Artículos 23, 24 del PT). Está conformado por un representante de cada uno de los Estados Miembros. Estos serán nombrados por sus Presidentes, por intermedio de los Ministros de Relaciones Exteriores. Podrán reunirse de manera ordinaria o extraordinaria según determine la Reunión de Presidentes.

Se observan facultades precisas en el Comité Ejecutivo de control de la observancia de las normas comunitarias centroamericanas, previstas en el Protocolo de Tegucigalpa, como son: "...b) Velar por que se cumplan las disposiciones del presente Protocolo y de sus instrumentos complementarios o actos derivados"⁷.

4) La Secretaría General: Es el órgano permanente del SICA (Artículos 23, 25, 26, 27, 28 PT). La Secretaría General estará a cargo de un Secretario General, nombrado por la Reunión de Presidentes por un período de cuatro años. El Secretario General es el más alto funcionario administrativo del SICA y ejerce la representación legal de la misma (Artículo 26 PT). Es imperativo señalar que este órgano también profesa potestades de cumplimiento de los mandatos de la integración centroamericana, como, por ejemplo:

h) Velar por el cumplimiento de las disposiciones de este Protocolo y de sus instrumentos derivados y complementarios y por la ejecución eficaz de las decisiones de las Reuniones de Presidentes y del Consejo de Ministros, por todos los organismos e instituciones de integración. A este efecto, el Secretario General se podrá reunir con dichos organismos e instituciones, cuando lo estime oportuno o por indicación del Comité Ejecutivo...

k) Llamar la atención de los órganos del Sistema sobre cualquier situación que, a su juicio, pueda afectar el cumplimiento de los propósitos o de los principios del Sistema o amenazar su ordenamiento institucional⁸.

Otras instituciones que complementan el SICA (Artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa) son:

5) La Reunión de Vicepresidentes y Designados a la Presidencia de la República: Es un órgano de asesoría y consulta.

6) El Parlamento Centroamericano (PARLACEN): es un órgano de planteamiento, análisis y recomendación.

7) La Corte Centroamericana de Justicia: es el órgano jurisdiccional

⁷ Artículo 24 del Protocolo de Tegucigalpa.

⁸ Artículo 26 del Protocolo de Tegucigalpa.

garante del derecho, interpretación y ejecución de las normas de integración centroamericana (Artículos 12 y 35 del PT). Cabe añadir que el Estatuto de la Corte Centroamericana fue suscrito por todos los Estados Centroamericanos, en Panamá, el 10 de diciembre de 1992. Fue ratificado por El Salvador, Honduras, Nicaragua y Guatemala.

8) El Comité Consultivo: es un órgano constituido por los sectores empresariales, laboral, académico y otros sectores representativos económicos, sociales y culturales.

Debe destacarse también, la existencia de una Secretaría Permanente en los siguientes términos:

La Secretaría que se ocupará de los asuntos económicos será la Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (SIECA), la cual conservará la personería jurídica, atribuciones y funciones que le asigna dicho Tratado⁹.

Adicionalmente, debe indicarse la característica de primacía de las normas comunitarias centroamericanas en materia de integración, en consecuencia, en el Protocolo de Tegucigalpa se estableció que:

Artículo 35. Este protocolo y sus instrumentos complementarios y derivados prevalecerán sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana. No obstante, quedan vigentes entre dichos Estados las disposiciones de aquellos Convenios, Acuerdos o Tratados siempre que las mismas no se opongan al presente instrumento u obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos.

Toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberá someterse a la Corte Centroamericana de Justicia.

En este orden de ideas, en el Expediente Nº 3-08-06-2017 de 25 de enero de 2018, la Corte Centroamericana de Justicia se pronunció sobre la solicitud de opinión sobre instrumentos complementarios y actos derivados que afectan al Sistema de la Integración Centroamericana, específicamente el Mercado Eléctrico Regional (MER), cuyo ente regulador y normativo es la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIE) entidad reconocida dentro del Sistema de la Integración Centroamericana, y la Corte indicó que:

Al estar plenamente vigente el artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa, es necesario exponer claramente que en cuanto a la jerarquización de las normas comunitarias en referencia, los dos protocolos adicionales al Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central son

⁹ Artículo 28 del Protocolo de Tegucigalpa.

instrumentos complementarios de dicho Tratado, que a su vez es complementario del Protocolo de Tegucigalpa, por lo tanto, todos se encuentran subordinados al Protocolo de Tegucigalpa, por ser éste el Tratado constitutivo primario y marco del derecho originario del Sistema de la Integración Centroamericana. La Corte en su doctrina que es vinculante para todos los Estados, órganos y organizaciones que forman parte o participan en el Sistema de la Integración Centroamericana y para sujetos de derecho privado, ha consagrado la primacía del Protocolo de Tegucigalpa que es: "...el tratado constitutivo marco de la integración centroamericana, y por tanto el de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana sean éstos, Tratados, Convenios, Protocolos, Acuerdos u otros actos jurídicos vinculatorios anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa".

Es importante mencionar que la Corte Centroamericana de Justicia también agregó con base en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados lo siguiente:

Este Tribunal Regional considera de suma importancia invocar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve que en su artículo 2.1.a., define Tratado como: "Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación". En Derecho Internacional, no importa su denominación ya sea Convenio, Acuerdo, Protocolo, Acta, para tal efecto según la definición del Derecho de los Tratados, todos estos instrumentos se consideran Tratados, de manera que, en el Sistema de la Integración Centroamericana, tanto el Protocolo de Tegucigalpa como los instrumentos complementarios son Tratados con excepción de los actos derivados al mismo, que sin ser considerados Tratados tienen el mismo efecto vinculante al insertarse en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte del Protocolo de Tegucigalpa¹⁰.

En la región centroamericana, el Protocolo de Tegucigalpa es el Tratado marco y el de mayor jerarquía tal y como está consagrado en el artículo 35 del mismo instrumento. En el siguiente orden jerárquico, se ubican los instrumentos complementarios que son anteriores o posteriores al Protocolo de Tegucigalpa, que dan origen a estructuras político-institucionales comunes entre los países miembros del SICA, así como, los que determinan competencias y desarrollan los propósitos y principios del Sistema. Y en un orden jerárquico inferior, se encuentran las normas emitidas por los órganos,

10 Corte Centroamericana de Justicia. Expediente N° 3-08-06-2017 de 25 de enero de 2018.

organismos e instituciones del Sistema de la Integración Centroamericana que se convierten en actos normativos derivados, como son los actos reglamentarios.

En consecuencia, con lo expuesto, la Corte Centroamericana de Justicia expresó lo siguiente:

Así, teniendo el Protocolo de Tegucigalpa y los instrumentos complementarios una esencia jerárquica superior al Reglamento, no puede este Reglamento oponerse a aquellos instrumentos de jerarquía superior que obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos del Protocolo de Tegucigalpa y de sus instrumentos complementarios. En consecuencia no son válidas aquellas disposiciones emitidas por la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica –CRIE- ni por el Ente Operador Regional -EOR-, que exceden lo dispuesto en dicho Tratado Marco, su Protocolo y su Segundo Protocolo, por su naturaleza jerárquica inferior¹¹.

Adicionalmente, en cuanto a los atributos de efecto directo del ordenamiento comunitario centroamericano, cabe señalar que en un caso sobre consulta de interpretación del Convenio Constitutivo que crea a la Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea (COCESNA), la Corte Centroamericana de Justicia (Expediente No. 6-13-6-2019) de 28 de junio de 2019, ha enfatizado que:

El Derecho Comunitario posee principios fundamentales tales como el Efecto Directo, Aplicabilidad Inmediata, Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario y Primacía del Derecho Comunitario, este último implica que la norma comunitaria se aplica con preferencia a la norma interna de los Estados miembros del Sistema de la Integración Centroamericana. Por tanto, los Estados miembros del SICA, a su vez, suscriptores del Protocolo de Tegucigalpa, del Convenio Constitutivo de la “Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea”, Convenio de Estatuto de La Corte y demás reglamentos, están obligados a cumplir con lo establecido en los instrumentos comunitarios.

En opinión consultiva contenida en Expediente 2-24-03- 2017, válida para esta consulta, establece que: “El ordenamiento jurídico del SICA lo constituye el Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios y actos derivados. Para el caso, el Convenio Constitutivo de COCESNA, de conformidad a los artículos 8, 9, 10 y 11, del Protocolo de Tegucigalpa, constituye un instrumento jurídico de derecho originario y complementario a dicho Protocolo; y el Acuerdo

¹¹ *Ibidem*. Expediente N.º. 3-08-06-2017.

Sede y el Código de Servicios de COCESNA, son instrumentos jurídicos complementarios que tienen por objeto asegurar el funcionamiento de COCESNA; en consecuencia, de conformidad con el artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa, tanto el Convenio como sus instrumentos jurídicos complementarios tienen primacía frente a la ley nacional, y por lo tanto, la ley nacional del Estado de Honduras no puede prevalecer sobre el Protocolo de Tegucigalpa, el Convenio Constitutivo, Convenio Sede y en general el régimen jurídico interno de COCESNA, el cual debe ser respetado por sus Estados Miembros.

La Corte Centroamericana de Justicia es conteste y reiterativa en su doctrina sobre este tema y tal como se respondió en Opinión Consultiva contenida en Expediente No. 2-24-03-2017, La Corte, responde así a esta pregunta: “La Corte Centroamericana de Justicia tiene competencia exclusiva para conocer en última instancia en apelación (artículos 68 al 70 de la Ordenanza de Procedimientos) de las resoluciones administrativas de los Órganos u Organismos del SICA. En todos los demás casos, sea en materia de integración regional en general, o en materia de transporte aéreo, en especial, conoce en única instancia y sus decisiones son vinculantes para todos los Estados, Órganos y Organizaciones del SICA e incluso para los particulares sean éstos personas naturales o jurídicas de naturaleza privada o pública”¹².

Por consiguiente, las normas comunitarias centroamericanas constituyen un derecho autónomo en materia de integración económica regional centroamericana, con atributos específicos como el efecto directo, la primacía y la responsabilidad en el cumplimiento de los objetivos de la integración por parte de los Estados miembros del Grupo Centroamericano de integración. Estas características de la normativa de integración han sido explicadas y reiterada por la Corte Centroamericana de Justicia, como se ha mostrado en las líneas precedentes.

4. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

Los medios de solución de controversias, son acordados por los Estados Partes de los Acuerdos de integración regional, para asegurar la interpretación y el cumplimiento de los compromisos que voluntariamente han convenido acatar, y que tiene como fin último la liberalización comercial entre sus miembros. Además, de garantizar el principio de la legalidad y generar seguridad jurídica para la inversión nacional y extranjera, favorece un clima de paz y estabilidad.

De la misma forma, sirve de referencia indicar que como corolario de formar parte de la Organización de las Naciones Unidas, los Estados miembros, cuentan con alternativas de medios pacíficos diplomáticos no contenciosos de solución de diferencias entre las partes, como los buenos

¹² Corte Centroamericana de Justicia. Expediente No. 6-13-6-2019, 28 de junio de 2019.

oficios, la negociación, la mediación, la investigación y la conciliación, y medios jurídicos, como el arbitraje o el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección, dispuestos en los Artículos 33 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945; y los Artículos 24 al 27 de la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948.

En líneas generales, puede argumentarse que los regímenes internacionales, en las áreas determinadas, regulan y establecen pautas de conducta, que trae consigo para quienes se vinculan voluntariamente a ellos, determinadas obligaciones y derechos. Por consiguiente, uno de los principales aspectos que le otorgan solidez a un proceso de integración regional reside en la incorporación de un mecanismo de solución de controversias, formando parte directamente de la estructura institucional del acuerdo¹³.

Es menester indicar que de conformidad con los Artículos 15, 16 y 37 del Protocolo de Tegucigalpa, se aprobó la Enmienda del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), por los Presidentes de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, en la ciudad de Managua, República de Nicaragua, el 27 de febrero de 2002. Esta enmienda modificó el Artículo 35 en los siguientes términos:

Artículo primero: Se modifica el artículo 35 el cual queda como sigue:
Artículo 35. Este Protocolo y sus instrumentos complementarios y derivados prevalecerán sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana. No obstante, quedan vigentes entre dichos Estados las disposiciones de aquellos Convenios, Acuerdos o Tratados, siempre que las mismas no se opongan al presente instrumento u obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos.

Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, las controversias sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán someterse a la Corte Centroamericana de Justicia.

Las diferencias surgidas en el Subsistema de la Integración, Económica como consecuencia de las relaciones comerciales intrarregionales, se someterán al mecanismo de solución de controversias que establezca el Consejo de Ministros de Integración Económica que contendrá un método de solución alternativo de controversias comerciales incluido el arbitraje, cuyas decisiones serán vinculantes para los Estados Miembros que intervengan en la respectiva diferencia. El incumplimiento de un laudo arbitral dará lugar a la suspensión de beneficios de efecto equivalente a los dejados de percibir, según se decida en el respectivo laudo¹⁴.

13 Bloch, 1995, p. 17.

14 Artículo Primero. Enmienda del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), 27 de febrero de 2002.

Como puede observarse, se ratifica el principio de primacía del ordenamiento jurídico comunitario centroamericano, y se ratifica que la Corte Centroamericana de Justicia es el ente jurisdiccional para resolver las controversias entre los Estados Miembros en materia comunitaria; además, se incorpora la posibilidad de ampliar mecanismo de solución de diferencias intracomunitarias según determine el Consejo de Ministros, así como, el arbitraje. Asimismo, se contempla, la aplicación de medidas de suspensión de beneficios en caso de incumplimiento para el infractor.

En efecto, el Artículo 6 del Protocolo de Tegucigalpa consagra que: “Los Estados Miembros se obligan a abstenerse de adoptar medidas unilaterales que pongan en peligro la consecución de los propósitos y el cumplimiento de los principios fundamentales del SICA”.

Conviene ilustrar este tema, con una resolución de la Corte Centroamericana de Justicia, del 13 de noviembre de 2019 (Expediente Nº 8-16-8-2019), para atender una consulta del Instituto Nacional de Promoción de la Competencia (PROCOMPETENCIA) sobre cuestiones jurídicas sobre el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) suscrito en Tegucigalpa, Honduras, el 29 de junio de 2012, fundado en los principios del diálogo político, la cooperación y el comercio, el respeto mutuo, la reciprocidad y el interés común. En este orden de ideas, la Corte Centroamericana de Justicia dispuso que:

Conforme a las normas antes establecidas, La Corte tiene facultad para determinar su competencia en cada caso concreto, interpretando los tratados o convenciones pertinentes al asunto en disputa y aplicando los principios del Derecho de Integración y del Derecho Internacional. El artículo 277 del Acuerdo de Asociación de la Unión Europea con Centroamérica en su literal b) establece: “b) para la Parte CA, el Reglamento Centroamericano sobre Competencia (en lo sucesivo, “el Reglamento”), que se establecerá de conformidad con el artículo 25 del Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala) y el artículo 21 del Convenio Marco para el Establecimiento de la Unión Aduanera Centroamericana (Guatemala, 2007)”

Como se observa el Acuerdo de Asociación hace un reenvío a los instrumentos comunitarios centroamericanos a fin de establecer el Reglamento Centroamericano sobre Competencias. Este Tribunal considera que tiene competencia y jurisdicción obligatoria de conformidad con los artículos 12 y 35 del Protocolo de Tegucigalpa y las competencias específicas contempladas en el artículo 22 del Convenio de Estatuto para conocer controversias que se susciten en el Sistema de la Integración Centroamericana, independientemente de que se

apruebe o no el Reglamento Centroamericano sobre Competencias y se cree el respectivo Organismo Regional de Competencia¹⁵.

Debe anotarse que la Corte Centroamericana de Justicia es la institución facultada para conocer en única instancia de todos los casos sometidos a su jurisdicción, y en el supuesto contenido en el artículo 22 inciso j) del Convenio del Estatuto de la Corte, solucionará en apelación. Igualmente, prosiguió la Corte señalando que:

Si la materia que origina el conflicto fuera del ámbito de aplicación del Protocolo de Tegucigalpa, Instrumentos Complementarios o Actos Derivados del mismo, La Corte en su caso interpretará conforme el artículo 30 de su Convenio de Estatuto si conoce o no de la controversia que se suscite entre privados en el marco de las normas y procedimientos de la misma.

En suma, la Corte Centroamericana de Justicia tendrá las atribuciones que le confieran el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos según lo previsto en los Artículos 12 y 35, y sus instrumentos complementarios. De esta forma, se va generando, un derecho comunitario centroamericano que va explicando y aclarando el alcance de los acuerdos fundamentales, y permitirá generar seguridad jurídica y estabilidad en las relaciones entre los socios comunitarios, así como las relaciones con socios extra regionales.

Conviene añadir que el Consejo de Ministros de Integración Económica aprobó en San José, Costa Rica, el 17 de febrero de 2003, la Resolución Nº 106–2003 (COMIECO XXVI) sobre Solución de Controversias Comerciales intracomunitarias, donde debe destacarse lo dispuesto en el Anexo 1, que consagró lo siguiente:

Artículo 2. Cooperación. Los Estados Parte procurarán llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación de los Instrumentos de la Integración Económica mediante la cooperación y consultas, y se esforzarán por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.

Artículo 4. Elección de foros. 1. Las controversias comerciales que surjan en relación con lo dispuesto en los Instrumentos de la Integración Económica serán resueltas de acuerdo con los procedimientos establecidos en el presente instrumento. 2. Las controversias comerciales que surjan en relación con lo dispuesto en los Acuerdos de la OMC o en los convenios negociados de conformidad con este último, podrán resolverse mediante los procedimientos establecidos

15 Corte Centroamericana de Justicia. *Expediente Nº 8-16-8-2019, del 13 de noviembre de 2019.*

en este instrumento o de conformidad con los procedimientos contenidos en el Entendimiento, a elección de la Parte reclamante. 3. Una vez se haya solicitado el establecimiento de un tribunal arbitral conforme a las disposiciones de este instrumento, o bien el establecimiento de un grupo especial conforme al Entendimiento, el foro seleccionado será excluyente de cualquier otro. 4. Para efectos de este artículo, se considerará iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al Entendimiento, cuando un Estado Parte solicite el establecimiento de un grupo especial conforme al artículo 6 del Entendimiento.

Es así como, las instituciones de integración centroamericana han desarrollado mecanismos para el entendimiento y la solución de controversias, tanto los tratados fundacionales que son el derecho originario como el derecho derivado, integran procedimientos y regulaciones específicas como la cooperación y consultas, la elección de foro, y el arbitraje, para los Estados Partes.

5. SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE UNA REGIÓN DE PAZ, LIBERTAD, DEMOCRACIA Y DESARROLLO

Es pertinente distinguir que la SICA es un modelo institucional intergubernamental de integración económica, en el cual, los Estados conservan el poder y las iniciativas de decisión y acción. Considerando lo señalado, los acuerdos de integración regional, pueden favorecer la inserción internacional de los países, optimizando la competitividad de sus exportaciones, y de esta forma, podrían abreviar su proceso de desarrollo económico y más precisamente, un desarrollo sostenible. Sin embargo, estas metas no están exentas del contexto en que se desenvuelve el proceso, la infraestructura existente, las capacidades y ventajas de los países participantes, y estriba en gran medida de la institucionalidad existente.

Por una parte, está el interés por incrementar el comercio de bienes y servicios, y por otra parte, fomentar la vecindad entre los países, así como, mejorar el nivel de vida de la población. De esta forma, debe avistarse el crecimiento y el desarrollo económico.

Cuando se habla del crecimiento económico, implica el incremento en unidad de tiempo, del producto interno bruto de un país determinado, en relación con el número de sus habitantes. Mientras que, la noción de desarrollo económico es más amplia que la de crecimiento económico, e involucra el bienestar general de su sociedad. A esto se suma, la peculiaridad del concepto de desarrollo, en el sentido, que no se da al mismo tiempo y de la misma forma en todos los Estados, incluso, dentro de un mismo Estado pueden coexistir áreas con desarrollo desigual y zonas deprimidas y excluidas y con personas al margen de los servicios públicos. En consecuencia, en la práctica, un país podría tener crecimiento económico, pero no haber desarrollo económico para la mayoría de la población.

Al mismo tiempo, debe apreciarse el desarrollo sostenible, ilustrado por la Organización de Naciones Unidas como “el desarrollo capaz de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades”¹⁶.

Sobre este tema, la Corte Centroamericana de Justicia mediante Resolución señaló que:

El SICA busca la integración de Centroamérica para constituirla en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo, para ello se debe priorizar la visión del desarrollo sostenible de los Estados miembros de la manera siguiente: El PT como instrumento original y primario del SICA, envuelve y sujeta el cumplimiento de sus disposiciones a todo instrumento complementario o derivado que se apruebe por los distintos órganos e instituciones pertenecientes al SICA.

Y en forma singular para la región centroamericana, se adoptó el siguiente concepto de desarrollo sostenible debido a las peculiaridades y características propias de la región centroamericana: “Desarrollo sostenible es un proceso de cambio progresivo en la calidad de vida del ser humano, que lo coloca como centro y sujeto primordial del desarrollo, por medio del crecimiento económico con equidad social y la transformación de los métodos de producción y de los patrones de consumo y que se sustenta en el equilibrio ecológico y el soporte vital de la región. Este proceso implica el respeto a la diversidad étnica y cultural regional, nacional y local, así como el fortalecimiento y la plena participación ciudadana, en convivencia pacífica y en armonía con la naturaleza, sin comprometer y garantizando la calidad de vida de las generaciones futuras”¹⁷.

De modo que, la Corte Centroamericana de Justicia ratificó y explicó la relevancia del desarrollo sostenible para los fines de la integración económica centroamericana, previsto en su ordenamiento comunitario, como un proceso inclusivo, participativo y pacífico, que ensancha la perspectiva del desarrollo económico con principios de preservación de los recursos naturales para el bienestar de las futuras generaciones.

En síntesis, la integración económica centroamericana es un proceso gradual y progresivo, que permite explicar los tratamientos favorables entre los países miembros y la adaptación paulatina según sus necesidades y particularidades, con criterios de equilibrio ecológico, de manera de ir convergiendo progresivamente hacia el objetivo final de un mercado común.

16 Organización de Naciones Unidas. En: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>>.

17 Corte Centroamericana de Justicia. *Expediente N° 3-20-7-2018, 25 de enero de 2019.*

6. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES DE INTEGRACIÓN REGIONAL

La motivación de los Estados al crear determinadas instituciones refleja sus intereses, estrategias y opciones de política. Por consiguiente, habría que considerar hasta qué punto las instituciones internacionales entre las que se encuentran los esquemas de integración regional son capaces de comprometer los intereses y las identidades nacionales. De acuerdo a lo planteado, las instituciones comprenden un amasijo de relaciones que han sido fomentadas para el funcionamiento fluido de las sociedades. Es así como, las instituciones, según Raúl González, contribuyen con dos aspectos primordiales a la estabilidad de las organizaciones y a la seguridad jurídica:

Economía en el conocimiento necesario para la toma de decisiones. Basta con saber las reglas;
Predecibilidad sobre el comportamiento de los demás. Conociendo las reglas y que los demás también se rigen por ellas, podemos saber cómo actuarán o cómo se espera que actúen en cada situación”¹⁸.

Por tanto, es posible explicar la integración económica regional y los acuerdos de asociación extra regionales, a través de instituciones internacionales que cumplen funciones, suministrando información, reduciendo los costos de transacción, encauzando los conflictos a través de sistemas de solución de controversias y reduciendo el riesgo de que los actores sean traicionados por sus pares¹⁹.

Por su parte, Bull sostiene que el sentimiento subjetivo de estar limitado por una comunidad es la base de su definición de sociedad internacional:

Una sociedad de estados (o sociedad internacional) existe cuando un grupo de estados, conscientes de ciertos intereses y valores en común, forma una sociedad, en el sentido de que se conciben a sí mismos como sujetos a un conjunto de reglas comunes que guían sus relaciones mutuas y cooperan en la operación de instituciones comunes²⁰.

Asimismo, debe considerarse que desde la perspectiva teórica de la interdependencia estructural²¹, se producen efectos recíprocos entre países o

18 GONZÁLEZ FABRÉ, Raúl. “La Cultura Pública”. *Revista Temas de Formación Sociopolítica*. 2005, n° 43, p.4.

19 STUHLREHER, Amalia. “Una aproximación teórico-conceptual al ALCA”. En: *Venezuela en el Alca entre realidades y fantasías*, 2005, p.43.

20 HURRELL, A. *Teoría de Regímenes Internacionales: Una perspectiva Europea*. Ciudad de México: El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales.1992, p. 658.

21 KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph. Poder e Interdependencia. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano. Colección Estudios Internacionales, 1988. Y KEOHANE, Robert. *Instituciones Internacionales y Poder Estatal*, Ensayos sobre la teoría de las Relaciones Internacionales. Buenos Aires, Grupo Editorial Latinoamericano, 1989. .

entre actores en distintos países, así como, la existencia de múltiples canales conecta a las sociedades, junto a las relaciones interestatales generándose vínculos transgubernamentales y transnacionales. Ahora bien, según Hurrell²², los regímenes internacionales son necesariamente fenómenos intersubjetivos cuya existencia y validez se crea y se sostiene por medio de las relaciones entre sus miembros. Por consiguiente, se advierte que la integración económica regional implica la creación de reglas que envuelven las estructuras internas y la organización de los Estados, y derechos y obligaciones para individuos y grupos dentro de los Estados, con objetivos de bien común (como, por ejemplo, los derechos humanos, la democratización, el ambiente, y la seguridad). En consideración a lo expuesto, la teoría de los regímenes internacionales se sustenta en los beneficios funcionales que derivan de las reglas e instituciones, así como, las negociaciones entre Estados para maximizar las ganancias.

Igualmente, la integración es un proceso de aprendizaje que tiene raíces históricas y socio culturales. En ese sentido, la integración depende también de los contactos y transacciones de los Estados involucrados y de su gente, no sólo de las instituciones, por lo que, la integración es un proceso dinámico y cambiante, y susceptible de ajustarse a las nuevas necesidades e intereses.

El sentido de comunidad y la cooperación regional de acuerdo con Deutsch²³ y Hurrell²⁴, nacerían de transacciones que salgan al encuentro de necesidades mutuas y resultan de un complejo proceso de aprendizaje del que podrían emerger símbolos e identidades comunes, hábitos de cooperación, recuerdos, valores y normas conjuntas. Estas apreciaciones son útiles para aproximarnos a la integración económica regional centroamericana como una comunidad económica política, según lo estipulado en el Protocolo de Tegucigalpa.

También debe tenerse en consideración que los intereses geopolíticos y geoeconómicos de los Estados²⁵ no son los únicos factores que determinan las preferencias nacionales en un proceso de integración regional. Este proceso representa también los intereses de los agentes no estatales que participan en la dinámica de integración y cooperación internacional.

CONCLUSIONES

La integración económica centroamericana asentada en el Tratado de Managua de 1960, así como, en la arquitectura institucional y el sistema

22 HURRELL, Andrew. Op. Cit.

23 DEUTSCH, Karl. *Nationalism and social communication*. 2nd edition, Cambridge: MIT Press, 1966.

24 Op.Cit.

25 HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. Las Teorías de los Regímenes Internacionales: Una situación actual propuestas para una síntesis. Revista Foro Internacional. 1999. n° 158.

de solución de controversias que se fue consolidando a partir de varios Protocolos como el de Tegucigalpa (1991), y el de Guatemala (1993) con su correspondiente enmienda de 2002, representa el punto de partida para llevar a cabo un proceso que pretende el bienestar integral de los habitantes de Centroamérica como una región de paz, libertad, democracia y desarrollo.

En ese orden de ideas, destaca la autonomía funcional de los órganos e instituciones de la integración centroamericana, para el desarrollo de sus actividades. De esta manera, la participación de los países en un grupo de integración económica regional conlleva un conjunto de responsabilidades, obligaciones y derechos comunitarios, orientados al cumplimiento de los objetivos de la integración acordados en sus tratados constitutivos fundacionales.

La integración económica es un proceso con múltiples canales de comunicación e interacciones de organizaciones y autoridades, normas, en distintos niveles, nacionales, comunitarios e internacionales. En síntesis, incorpora diversos sectores y actores, tanto públicos como privados, industriales, agropecuarios, académicos, sociedad civil, personas naturales y jurídicas, para apuntalar el desarrollo sostenible con criterios inclusivos y de equidad. Sumando esfuerzos y experiencias, es posible concretar logros en menos tiempo y de manera eficiente, de tal forma que la aspiración de la integración económica centroamericana involucra la interacción entre los intereses nacionales y los intereses comunitarios como desarrollo de la política exterior de los Estados.

De ahí que, la evolución de la integración centroamericana en estos sesenta años ha generado también una producción doctrinaria y jurisprudencial que se suma al ordenamiento jurídico autónomo comunitario con efectos directos y de aplicación preferente. La inclusión de temas como el equilibrio ecológico, el respeto a la diversidad étnica y cultural, la participación ciudadana, el respeto a la democracia, muestra que las metas de la integración centroamericana trascienden al antiguo regionalismo y se consolida en el Siglo XXI, propulsando no sólo el acercamiento entre los socios de la región, sino también, a través de asociaciones con actores extra regionales, como es el caso de la Unión Europea con quien logró un Acuerdo en el 2012.

Del mismo modo, es propicio resaltar la importancia de las normas comunitarias para garantizar la seguridad jurídica, la confianza, la transparencia en los procedimientos y en el acceso a la información, y la observancia de los objetivos comunitarios. En ese sentido, la teoría de los regímenes internacionales respalda los beneficios funcionales y ganancias mutuas que resultan de las instituciones.

Por consiguiente, el Sistema de la Integración Centroamericana implica relaciones de coordinación entre los órganos comunitarios, así como, las relaciones entre los órganos comunitarios y las autoridades y organismos nacionales de los Estados Miembros, fundadas en una estructura institucional

comunitaria propia, que ha sido la pieza esencial que ha garantizado la permanencia de la integración regional y su adecuación a los cambios de las realidades nacionales e internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución Política de Costa Rica. (7 de noviembre de 1949, actualizada con la Reforma 8106/2001)*. San José. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/constitucion-politica-de-la-republica-de-costa-rica-1949-con-reformas-2001_1_517.html>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución Política de la República de El Salvador (16 de diciembre de 1983, actualizada mediante la reforma introducida por el Decreto Ley Nº 56, del 6 de julio del 2000)*. El Salvador. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/constitucion-politica-de-la-republica-de-el-salvador-de-1983-con-reformas-del-ano-2000_1_518.html>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución política de la República de Guatemala (31 de mayo de 1985 vigente desde el 14 de enero de 1986, y reformas constitucionales ratificadas el 17 de noviembre de 1993)*. Ciudad de Guatemala. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/constitucion-politica-de-la-republica-de-guatemala_1_17667.html>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución Política de la República de Honduras (11 de enero 1982, con reformas hasta el Decreto 2 de 1999)*. Tegucigalpa. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/constitucion-politica-de-la-republica-de-honduras-1982-con-reformas-1999_1_519.html>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución Política de la República de Panamá (11 de Octubre de 1972, con reformas de 1978, 1983 y 1994)*. Ciudad de Panamá. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/constitucion-politica-de-la-republica-de-panama-de-1972-con-reformas-de-1994_1_521.html>

ASAMBLEA NACIONAL. *Constitución de la Republica Dominicana de 25 de julio de 2002*. Santo Domingo de Guzmán. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/constitucion-de-la-republica-dominicana_1_571.html>

ASAMBLEA NACIONAL. *Constitución política de la República de Nicaragua, de 19 de noviembre de 1986 y sus reformas (1987-2000)*. Managua. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/constitucion-politica-de-la-republica-de-nicaragua-con-reformas-1987-2000_1_520.html>

BLOCH Roberto; IGLESIAS Daniel. *Solución de controversias en el MERCOSUR*. Buenos Aires. Ad-Hoc SRL, 1995.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. Viena, 1969. Disponible en: <<https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>>

CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA. *Expediente N° 3-20-7-2018, del 25 de enero de 2019*. Disponible en: <<http://cendoc.ccj.org.ni/Documentos/189-03-20-07-2018/0232/PDF%20%20consulta%20SISCA%20CON%20FIRMAS.pdf>>

CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA. *Expediente N° 3-08-06-2017 del 25 de enero de 2018*. Disponible en: <<http://cendoc.ccj.org.ni/Documentos/180-03-08-06-2017/05428/PDF%20RESOLUCION%20DEFINITIVA%20FIRMADA.pdf>>

CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA. *Expediente N° 3-20-07-2018, del 25 de enero de 2019*. Disponible en: <<http://cendoc.ccj.org.ni/Documentos/189-03-20-07-2018/0232/PDF%20%20consulta%20SISCA%20CON%20FIRMAS.pdf>>

CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA. *Expediente N° 6-13-6-2019, del 28 de junio de 2019*. Disponible en: <<http://cendoc.ccj.org.ni/Documentos/195-06-13-06-2019/04929/PDF%20RESOL%20PORTAL.pdf>>

CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA. *Portal de expedientes*. Disponible en: <<http://portal.ccj.org.ni/ccj/expedientes/>>

CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA. *Expediente N° 8-16-8-2019, del 13 de noviembre de 2019*. Disponible en: <<http://cendoc.ccj.org.ni/Documentos/197-08-16-08-2019/02411/Exp%20No%20%208-16-8-2019%20%20PDF%20RESOL%20PORTAL.pdf>>

CORTE CENTROAMERICANA. *Convenio del Estatuto de la Corte Centroamericana suscrito por todos los Estados Centroamericanos, en Panamá, el 10 de diciembre de 1992*. <<http://portal.ccj.org.ni/ccj/wp-content/uploads/Convenio-de-Estatuto-de-la-CCJ.pdf>>

DEUTSCH, Karl. *Nationalism and social communication*. 2nd edition. Cambridge: MIT Press, 1966.

GONZÁLEZ FABRÉ, Raúl. "La Cultura Pública". *Revista Temas de Formación Sociopolítica*. 2005, n° 43.

GUERÓN Carlos; FERRIGNI Yoston. *Hipótesis para el estudio de una política exterior*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1973.

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. "Las Teorías de los Regímenes Internacionales: Una situación actual propuestas para una síntesis". *Revista Foro Internacional*. 1999, n° 158, pp.499- 526.

HURRELL, Andrew. *Teoría de Regímenes Internacionales: Una perspectiva Europea. octubre-diciembre*. Ciudad de México: El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales 1992. Disponible en: <http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/AGB9JAE8DCC5C5NNS59RVL7KPKV8G.pdf>

KEOHANE Robert O.; NYE Joseph. *Poder e Interdependencia*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano. Colección Estudios Internacionales, 1988.

KEOHANE, Robert. *Instituciones Internacionales y Poder Estatal, Ensayos sobre la teoría de las Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: Grupo Editorial Latinoamericano, 1989.

MATTLI, Walter. *The Logic of Regional Integration, Europe and Beyond*. Cambridge, University Press, 2001.

MONCAYO, Edgard. *Segundo regionalismo o regionalismo abierto. Las relaciones externas de la Comunidad Andina*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.

NATIONAL ASSEMBLY. *Belize Constitution. Constitución de Belize de 1981 con las reformas de 1990*. Belize. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/constitution-of-belize-of-1981-con-reformas-de-1990_1_515.html>

ONU. *Carta De Las Naciones Unidas de 1945*. Disponible en: <<https://www.un.org/es/charter-united-nations/>>

ONU. *Desarrollo sostenible*. Disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>>

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf>

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS CENTROAMERICANOS. *Enmienda del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)*. Managua, República de Nicaragua, el 27 de febrero de 2002. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/enmienda-al-protocolo-al-tratado-general-de-integracion-economica-centroamericana-protocolo-de-guatemala_1_82846.html>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). *Agenda 2030 de las Naciones Unidas*. New York 25 al 27 de septiembre de 2015.

SICA. *Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), Ciudad de Panamá, República de Panamá, 12 de diciembre de 1962*. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/carta-de-la-organizacion-de-estados-centroamericanos-odeca-segunda-carta_1_992.html>

SICA. *Ministros De Integración Económica aprobó en San José, Costa Rica, el 17 de febrero de 2003, la Resolución Nº 106–2003 (COMIECO XXVI) sobre Solución de Controversias Comerciales*. Disponible en: <http://idatd.cepal.org/Normativas/MCCA/Ingles/RESOLUCION_106-2003.pdf>

SICA. *Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados*

Centroamericanos (ODECA). Tegucigalpa, República de Honduras, 13 de diciembre de 1991. Disponible en: <https://www.sica.int/documentos/protocolo-de-tegucigalpa-a-la-carta-de-la-organizacion-de-estados-centroamericanos-odeca_1_116823.html>

SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA). *Tratado de Managua (TM)*. Managua, República de Nicaragua, 13 de diciembre de 1960. Disponible en: <https://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?Archivo=trat_449_4_30112005.htm>

SOBRINO HEREDIA, José M. *El derecho de integración, Marco conceptual y experiencias de la Unión Europea*. Documento Informativo, Secretaría General de la Comunidad Andina. SG/di, 288. Lima, 2006.

STUHLREHER, Amalia. *Una aproximación teórico-conceptual al ALCA. En Venezuela en el Alca entre realidades y fantasías*. Mérida: Vicerrectorado Académico, Universidad de los Andes, 2005.

UNIÓN EUROPEA Y CENTROAMÉRICA. *Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá)*. Tegucigalpa, República de Honduras, el 29 de junio de 2012. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/Trade/CACM_EU/Text_Sept14/Index_s.asp>



Institutional legal bases of the Central American economic integration process

Abstract: This documentary, descriptive and analytical research proposes to explain the characteristics and legal foundations of Central American economic integration as well as the organization of its institutional structure. In this sense, the founding treaties, the Central American community law, the jurisprudence of the Central American Court of Justice, the theory of international regimes and certain principles of public international law were examined, in order to consolidate and illustrate the objectives proposed by the Central American economic integration.

Keywords: Central American Integration System, Common Market, Economic Development, Community law, Dispute settlement.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Carolina Lourdes Rodríguez Aguilera, Doctoranda en Ciencia Política de la Universidad Simón Bolívar (USB), Venezuela. Profesora Asociada del Departamento de Ciencias Sociales de la USB. Magister en Estudios Internacionales de la Universidad Torcuato Di Tella. Abogada y Licenciada en Estudios Internacionales. Especializada en procesos de integración económica regionales, solución de controversias y cooperación internacional.

El conflicto ruso-ucraniano: algunas cuestiones referentes a las sanciones en el Derecho Internacional y una nueva ¿tendencia?

O conflito russo-ucraniano: algumas questões sobre sanções no Direito Internacional e uma nova tendência?

Juan Manuel Rivero Godoy* 

* Tribunal Permanente de Revisión, Paraguay

Resumen: El presente trabajo intenta convertirse en una reflexión sobre los recientes acontecimientos vinculados a la invasión o ataque armado de la Federación Rusa a Ucrania. En este sentido, la Carta de Naciones Unidas limita o llama a abstenerse del uso o amenaza de la fuerza a los Estados. Sin embargo, lo que resulta de interés es la reacción que ha suscitado este evento en la “comunidad internacional”, lo que ha generado una condena con llamativa vehemencia. Tan así que se han visto reacciones no solo contra el Estado y el gobierno ruso, sino contra los nacionales de ese país. Ejemplo de ello son las exclusiones de competencias deportivas internacionales (FIFA, COI, ATP, etc.) o de la banca internacional como el sistema SWIFT e incluso solicitudes de suspensión a estudiantes en eventos académicos internacionales como son los MOOT COURT. Estas medidas alteran la seguridad jurídica, el flujo comercial y financiero mundial; y afectan a personas no vinculadas al conflicto, provocando una reacción pocas veces vista, pero que no se ha presenciado en otras situaciones similares. En razón de ello, corresponde analizar la legalidad de estas medidas bajo el actual marco del Derecho Internacional.

Resumo: O presente artigo procura se converter numa reflexão sobre os recentes acontecimentos que tem relação com a invasão e ataque armado pela Federação Russa a Ucrânia. Neste sentido, a Carta das Nações Unidas limita ou chama a lá abstenção do uso o ameaça das forças aos Estados. No entanto, o que resulta de mais interesse é a reação da “comunidade

* Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, Paraguay.

E-mail: manuelrivero@tprmercosur.org

Recibido: 22/03/2022. Aceptado: 22/03/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

internacional” sobre o evento que há condenado com veemência o ataque. É assim que as reações são preenchidas não somente contra o Estado e governo russo, ainda que contra os nacionais desse país. Exemplos são as exclusões de competências desportivas internacionais (FIFA, COI, ATP, etc.) o a banca internacional como o sistema SWIFT e ainda as solicitações de suspensão de estudantes em eventos acadêmicos internacionais como os MOOT COURT. Estas medidas geram uma alteração no fluxo comercial e financeiro mundial e afetam a pessoas não relacionadas ao conflito, provocando uma reação poucas vezes vistas, mais que outras oportunidades sobre os mesmos feitos. É por isso que corresponde fazer uma análise de legalidade de estas medidas de acordo no marco jurídico do Direito Internacional.

Palabras clave: Derecho internacional, Usos de fuerzas, Ataque, Sanciones internacionales, Conflicto internacional, Derechos y libertades.

Palavras - chave: Direito internacional, Usos de forças, Ataque, Sanções internacionais, Conflito internacional, Direitos e liberdades.

1. INTRODUCCIÓN

Si el año 2020 fue condicionado por un evento sin precedentes, al menos para las recientes generaciones, producto del COVID-19, el año 2022 desató nuevamente el flagelo de la guerra, un viejo recurso de tono realista. Esto se encuentra en estrecha relación con probables causas geopolíticas, económicas, de puro poder o hasta cultural. Sin interesar mucho a quienes tengan razón para justificarla lo importante aquí son los hechos y estos muestran que Rusia inició un ataque armado directo contra Ucrania, en clara violación a la Carta de las Naciones Unidas.

Como se mencionó, los orígenes son de variada índole y las teorizaciones también. Desde ideas que afirman la reunificación de la antigua U.R.S.S, pasando por aspectos netamente financieros-comerciales hasta el eventual sufrimiento de poblaciones rusas en regiones ucranianas (ejemplo: Donetsk y Lugansk). Claro que un ataque en violación a la Carta no es algo nuevo en la historia de la humanidad. Recuérdese Polonia, Vietnam, la Ex Yugoslavia, Afganistán, Irak, Crimea, etc. Lo que es nuevo es la vehemencia en la condena a Rusia y las acciones tomadas sin precedente alguno que conllevan la pregunta de si estamos en presencia de una nueva forma de castigo en el Derecho Internacional.

El presente trabajo intentará solamente centrarse en un punto crucial del Derecho Internacional que refiere a las sanciones como una eventual respuesta a la invasión rusa en territorio ucraniano y su condena, por lo que parece ser una “Corte Internacional Moral”. En ese sentido, las reacciones institucionales se han hecho sentir tanto desde la Unión Europea, OTAN, ONU y otras instituciones financieras como, por ejemplo, la que administra el sistema SWIFT para las operaciones bancarias internacionales. O también los embargos a las autoridades del país agresor. Todo esto resulta de interés en un

análisis *a priori* dado que reacciones de este tenor también se han hecho eco en otras situaciones donde el uso de la fuerza ha estado presente, ejemplo son las Resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Libia. Sin embargo, a otros niveles también se han encontrado respuestas que sancionan de forma directa (por los actores que afecta, U.E, por ejemplo) pero indirecta (ante el gobierno ruso, en sus autoridades) que hacen cuestionar la efectividad del sistema institucional vigente bajo el marco jurídico del Derecho internacional, pero que, por otro lado, sanciona a nivel moral y que castiga a todos aquellos que sin tener intervención directa pertenecen a una de las facciones en conflicto. Es así que se ha podido ver una reacción en cadena desde organismos como la FIFA, el Comité Olímpico Internacional, Competiciones Internacionales Arbitraje de MOOT COURT, etc. Estas acciones castigan a quienes son rusos por su nacionalidad, aunque sin intervenir en el conflicto directamente.

La pregunta que comienza a gestarse es si se iniciará una tendencia global que impondrá sanciones por el solo hecho de pertenecer al país que origina el conflicto como forma de presionar al gobierno agresor. Eso ameritaría analizar la legalidad bajo el marco institucional vigente del Derecho Internacional y otras ramas jurídicas, sobre todo cuando se pueden afectar aspectos tales como las individualidades y derechos ya consagrados. Por otro lado, se estudiará dónde queda posicionado el sistema jurídico internacional, a raíz de este hecho, el que supone un jaque a la institucionalidad, la que hoy por hoy no ha podido responder y que no sabe cómo hacerlo sin tener que inmiscuirse en un conflicto más bélico y de dimensiones internacionales con consecuencias inciertas, pero que trae la pesadilla de la amenaza nuclear ya anunciada por Rusia.

2. EL MARCO NORMATIVO DE LAS SANCIONES A NIVEL INTERNACIONAL

Bajo el manto del Derecho Internacional las sanciones se edifican desde lo acordado en la Carta de las Naciones Unidas y de ahí con la casuística existente; la cual ha sido diversa y que genera la sensación de que, dependiendo de los intereses en juego, las alianzas, los Estados intervinientes, etc., el sistema de Naciones Unidas será más o menos eficaz cuando no inútil para evitar lo sucedido en Ucrania y para dar una respuesta efectiva. En esta lógica, la Carta “no prohíbe el uso de la fuerza” sino que insta a los Estados a abstenerse del recurso a ella. Puede verse el Artículo 2 p.4:

Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

El texto en inglés y francés expresan respectivamente, lo siguiente:

All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.

Puede apreciarse que en ninguno de los textos hay una prohibición expresa en el sentido de erradicar el comportamiento bélico por parte de los Estados. Esto puede, implícitamente, proporcionar argumentos para entender que lo deseable no es el uso de la fuerza, por eso en la medida de lo posible “abstenerse” de su empleo, pero no asume la idea absoluta de que no pueda recurrirse a ella de ser necesario (legítima defensa, defensa del Estado de sus nacionales, por ejemplo). Así se ha comprobado desde la adopción de la Carta hasta nuestros días: el uso de la fuerza y su amenaza ha sido una constante por sus actores, invocando diversas razones. El fallo de la Corte Internacional de Justicia en 1986 entre *Nicaragua vs. EEUU* dejó en claro que no podía hablarse del *ius cogens* entorno al Artículo 2 p.4. esto significa – ni más ni menos– que no se está frente a una norma imperativa en los términos del Artículo 53 de la CVDT de 1969¹.

Por otro lado, la Carta reconoce la aplicación de sanciones o medidas (aunque no las llama sanciones) cuando expresa que:

El Consejo de Seguridad² determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional.

En la situación actual de Rusia y su invasión en territorio ucraniano al Consejo de Seguridad solo le resta adoptar recomendaciones o tomar medidas de acuerdo a lo que prevén las normas de los Artículos 41 y 42. Estas van desde medidas que no implican el uso de la fuerza hasta aquellas que sí las contempla. Hasta ahora no se han tomado medidas por parte del CS en ninguno ni otro sentido. La razón es simple, Rusia es parte del Consejo en su calidad de miembro permanente, por lo que goza del derecho de veto en caso de medidas que puedan implicar cuestiones de fondo como sería el caso del uso de la fuerza por parte de las Naciones Unidas o de cualquier Estado que sea habilitado para ello (esto último porque las NU no poseen un ejército propio).

3. LA ACTUACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL CONFLICTO: ASAMBLEA GENERAL Y CONSEJO DE SEGURIDAD

La historia ha sido marcada por la ambigüedad en la toma de decisiones

1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

2 Consejo de Seguridad de la ONU, a partir de acá se identificará como CS.

del CS³ y de sendas e innumerables condenas de la AG⁴ cuando se trata de situaciones similares a Ucrania o cuando están involucradas cuestiones de Derechos Humanos. En este sentido, tanto el CS como la AG están limitados en su accionar por la normativa de la Carta. Por lo que bajo la Carta de Naciones Unidas el CS solo puede adoptar, por un lado, medidas de procedimiento con un cuórum de nueve votos que requiere de los miembros no permanentes para alcanzarlo, y, por otro lado, medidas de fondo que requieren de los votos de los miembros permanentes y debe haber nueve votos para alcanzar la Resolución. Pero claramente la discusión de qué se considera una cuestión de procedimiento o de fondo pasa por el doble ejercicio del veto antes de pasar a la votación sobre el fondo o el procedimiento en sí. Es así que el intento de adopción de una resolución – en el caso de Ucrania – se vio frustrado por el veto ruso. La eventual resolución exigía el cese inmediato del uso de la fuerza contra Ucrania y el retiro de tropas. Bajo esta dinámica nada hace suponer que alguna medida eficaz contra Rusia obtenga resultados; salvo que se lleve al margen de la Carta e iniciada de forma colectiva o unilateral por parte de algún (os) Estado (s). De lo que se puede ir observando, desde que Rusia inició el ataque, se hace complejo imaginar una acción de este estilo. Ni EE. UU ni OTAN han esbozado la idea de un ataque en defensa de Ucrania.

En cambio, desde la Asamblea General la acción es aún más limitada, no solo por razones de legalidad sino de competencias. En cuanto a la legalidad, la AG solo puede adoptar resoluciones donde puede manifestar una determinada postura o recomendar una línea de acción dirigida al cese de las hostilidades. En este supuesto, la AG adoptó una resolución en esa dirección, dentro de los límites de la Carta. La resolución en cuestión condena la invasión de Rusia a Ucrania e insta a que se retire de su territorio. No obstante, la Resolución carece de obligatoriedad por tratarse de un texto de *soft law*, pero sí marca un posicionamiento de las Naciones Unidas sobre la acción rusa. Al margen de no tener un peso jurídico en el sentido de *hard law* (como sí supondría una Resolución del CS) es importante desde lo político–diplomático. Sobre todo, por el tono de condena a la invasión rusa, y la importancia de que el órgano más democrático de la Carta no puede quedar aislado y debe expresarse en estos asuntos ante la pasividad del CS. Este ámbito de actuación se encuadra en el Artículo 10 al expresar:

La Asamblea General podrá discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta, y salvo lo dispuesto en el Artículo 12 podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos.

3 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

4 Asamblea General de las Naciones Unidas.

Visto esto, la AG puede emitir recomendaciones en ese sentido, solo que no tiene competencia para ir más allá. Es decir, no debe actuar en casos en que el CS no lo ha hecho. Así lo da a entender el Artículo 11.2 cuando expresa “Toda cuestión de esta naturaleza con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla”. Esta norma da a entender que la AG está vedada de tomar acción directa por temas de competencia material.

Ante esta situación puede avizorarse un “*blind road*” donde solo la vía diplomática lleve a un resultado posible para la paz y a un acuerdo bajo determinadas condiciones. De lo contrario habrá que intentar justificar acciones más globales legitimadas desde la Asamblea General donde se pueda adoptar medidas concretas y materiales ante lo que es una significativa inacción del Consejo de Seguridad debido al derecho a veto de Rusia. Esto claramente marcaría un cambio a nivel de Naciones Unidas, en el sentido de instaurar una costumbre o práctica hasta ahora desconocida (salvo la acción Unidos por la Paz) donde el plenario de la Asamblea General decide sobre aspectos de paz y seguridad y donde todos los Estados tienen voz y voto.

4. POTESTADES SANCIONATORIAS DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA OTAN

El marco normativo de las llamadas medidas “sancionatorias” no están limitadas únicamente a la ONU. Hay otras instituciones a nivel internacional que por cercanía e historia están o pueden estar interesadas en actuar. Tal es el caso de la UE y la OTAN. Hasta ahora, sin embargo, no ha habido una clara respuesta bélica o intento de utilizar la fuerza, más que declaraciones cruzadas en el conflicto. En este sentido, el objetivo de la UE ha sido castigar a Rusia con sanciones que vayan en el camino del aislamiento económico internacional, pero sin limitar el abastecimiento de petróleo y gas natural desde Rusia a Europa. Esas sanciones de tenor económico no hacen más que poner presión en Rusia para que cese el fuego y se regrese al *status quo*. Las sanciones europeas van hacia la limitación de las importaciones de esos recursos naturales, pero no a su corte definitivo. La realidad indica también una dependencia de UE hacia esos combustibles y materias. Por lo que las acciones que la UE decida emprender estarán enmarcadas en esta variable.

Algunas de las sanciones no militares se encaminan a suspenderle del FMI⁵ y BM⁶, quitarle beneficios que posee en la OMC, limitar sus importaciones y exportaciones, sacarlo del sistema SWFIT⁷, etc. Todas estas medidas serían consideradas ilegítimas y contrarias al Derecho internacional (en tiempos de paz) porque los sujetos que toman estas medidas no están en una relación directa con el conflicto, pero que podrían justificarse por el solo hecho de pertenecer al sistema internacional y por la violación de normas

5 Fondo Monetario Internacional.

6 Banco Mundial.

7 The Global Provider of Secure Financial messaging Service. Disponible en: <<https://www.swift.com/es/about-us/discover-swift/mensajeria-y-normas>>

erga omnes por parte de Rusia. Normas como la abstención del uso de la fuerza, la intervención, la inviolabilidad territorial, etc.

También se busca limitar las inversiones europeas en el sector energético de Rusia. En esta línea, corresponde aclarar que estas sanciones no son nuevas, sino que provienen desde la anexión rusa de Crimea. En la misma línea han sido las sanciones que han impuesto unilateralmente UE, Estados Unidos y el Reino Unido.

The US, UK and EU have put in place unprecedented financial penalties on Russia over its invasion of Ukraine, and hundreds of international companies have pulled out of the country. The impact of these measures is just starting to be felt, with the cost of basic products rising, a looming risk of job losses, and for some, an increasing sense of isolation⁸.

Por lo que las medidas que se han adoptado, no generan un daño directo al Kremlin o Putin sino a toda la ciudadanía rusa y con serios efectos en la economía mundial a nivel de aumento de precios, pérdida de trabajos, producción de alimentos, etc. Es justamente el alcance de estas medidas que cuestionan el rol central del Derecho Internacional y cuestionan su legalidad, sobre todo porque los Estados y actores que las han impuesto no están directamente ligados al conflicto, pero ejercen (parecería) una especie de “policía internacional” ejecutando medidas contra – no solo Putin y sus colaboradores (congelamiento de sus bienes en el exterior)– sino frente a toda la economía y población rusa.

Por su parte, la OTAN se ha manifestado en reiteradas ocasiones en apoyo a Ucrania, pero sin intervenir directamente. La primera razón es porque Ucrania no es parte del Tratado que eventualmente daría defensa ante el ataque ruso. La segunda razón es que la OTAN no quiere un enfrentamiento directo con Rusia ante lo que ha sido la amenaza de un empleo de armas nucleares. La OTAN es consciente de que Rusia tiene un poderío militar nuclear moderno y difícil de igualar. Así lo expresó William Alberque, Director del IISS⁹ de Londres:

Si la doctrina nuclear de Estados Unidos considera que un conflicto nuclear acabaría en la aniquilación mutua, Rusia cree que se puede controlar la fuerza nuclear, por eso ha desarrollado armas atómicas tácticas que se puedan utilizar en el campo de batalla”. Frente a esta amenaza, la OTAN está totalmente imprevista.

En cuanto a la OTAN y su capacidad de sancionar a Rusia es totalmente nula. Ninguna disposición del Tratado habilita a imponer sanciones a no-miembros. Algo que el Derecho Internacional no podría avalar por el principio *res inter alios acta*. Esto significa que el Tratado de la OTAN solo es aplicable

⁸ BBC News. 13 de marzo de 2022. Disponible en: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-60647543>>

⁹ Instituto Internacional de Estudios Estratégicos.

a sus Estados Partes. Lo único que está al alcance del organismo es reforzar sus defensas por medio de sus países miembros. Así lo ha hecho con Polonia y Lituania. Al margen de esta acción que podría ser considerada como una eventual respuesta a una teórica embestida rusa, lo cierto es que la OTAN no tiene herramientas sancionatorias para con Rusia.

5. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL GLOBALIZADA Y LAS SANCIONES NO CONVENCIONALES: CASUÍSTICA

Adentrado el Siglo XXI ¿Se asiste a un eventual cambio de paradigma? ¿Por qué se pregunta esto? La percepción es que nunca antes la comunidad internacional había tomado tanto interés en un conflicto, no al menos tan vivamente como ahora. Ni en la invasión de Afganistán ni en la de Irak o la de Crimea inclusive, tampoco en los casos de ocupación ilegal de Israel sobre Palestina o en Siria con la creación del Estado Islámico. En estos casos no se vio al unísono medidas de la FIFA, SWIFT, COI, etc., suspendiendo a los EE. UU o a Israel¹⁰ por la violación al Derecho Internacional. Recuérdese la coalición de EE. UU, Reino Unido y España por las supuestas armas de destrucción masiva de Irak que provocó el ataque e invasión en 2003. Es notorio que la reacción de la comunidad internacional no es la misma según sean los actores o las culturas involucradas.

En este sentido, la FIFA y la UEFA han suspendido a Rusia de participar del Mundial de Catar 2022, y clubes rusos respectivamente, como medida sancionatoria por la invasión a Ucrania. Si bien la FIFA tiene potestades de sancionar a un país, ninguna norma de sus estatutos habilita una sanción que no tenga relación directa con lo deportivo o estatutario, al margen que sea el Consejo Ejecutivo quien haya decidido tal medida. Lo mismo ha sucedido con el Comité Olímpico Internacional que ha dicho “no inviten ni permitan la participación de deportistas o dirigentes rusos ni bielorrusos¹¹”. A nivel de otros deportes se ha seguido la misma línea “solidaria” de castigar, ejemplo ha sido el baloncesto ruso, a jugadores de tenis, el automovilismo, estudiantes de competencias jurídicas internacionales, etc.

Por otro lado, en el plano financiero el Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT) también ha tomado medidas contra bancos rusos que operan bajo este sistema. Eso inhibe a los que comercian y utilizan el sistema obtener pagos o hacer pagos con comerciantes rusos. Lo que afecta al comercio, provocando inestabilidad a nivel de las transacciones.

En una medida coordinada y proporcionada por directivas europeas y norteamericanas, se expresó¹²:

10 A/ES-10/273. Asamblea General de Naciones Unidas.

11 France24 noticias

12 SWIFT website. *An update to our message for the SWIFT Community*. 20 de marzo de 2022. Disponible en: <<https://www.swift.com/es/node/308383>>

Diplomatic decisions taken by the European Union, in consultation with the United Kingdom, Canada and the United States, bring SWIFT into efforts to end this crisis by requiring us to disconnect selected banks from our financial messaging services. As previously stated, we will fully comply with applicable sanctions laws. To this end, in compliance with the legal instructions in EU Council Regulation (EU) 2022/345 of 1 March 2022 we disconnected seven designated Russian entities (and their designated Russia-based subsidiaries) from the SWIFT network on 12 March 2022. Additionally, in compliance with EU Council Regulation (EU) 2022/398 of 9 March 2022, we disconnected three Belarusian entities (and their designated Belarus-based subsidiaries) on 20 March 2022.

Estos son algunos ejemplos de medidas o “sanciones” que indirectamente afectan al gobierno ruso, dado que se toman para afectar a los súbditos de aquel país. Las acciones de este tipo apuntan a provocar presión interna a través de actores que si bien no participan (y quizás ni aprueben el ataque) de las hostilidades sí pertenecen o tienen la nacionalidad del Estado agresor, Rusia en este caso. Es por ello que no deja de ser llamativo la oleada de sanciones desde sistemas o actores que tampoco tienen contacto directo con el conflicto, pero que revisten o intentan representar una especie de “consciencia internacional” que condena moralmente al Estado ruso. Es de interés que esta clase de moral kantiana no aplica a quienes hoy la aplican. ¿Es criticable este accionar? Claramente que no, el problema es la legitimidad cuando el que sanciona no lo hace o no lo hizo con la misma vehemencia que en otros casos ya citados en este texto.

6. ANÁLISIS JURÍDICO DEL ACCIONAR GLOBAL: LEGALIDAD DE LAS SANCIONES

En un mundo que intenta y ha intentado ser civilizado, las instituciones deberían cumplir el rol regulador y ser la voz de la condena a determinadas acciones que pueden ser extremistas y que amenazan valores comunes, la paz y la seguridad internacionales, en este caso.

Dentro de este contexto se incluyen otros elementos – no menos importantes – pero que son causas de aquel. La referencia es a los derechos humanos, la economía y finanzas mundiales, los recursos naturales, etc. A estos fines, el Derecho Internacional es la herramienta que sirve para analizar y delimitar ciertos “*legal boundaries*” cuando de sanciones se trata. No hay que olvidar que el DI se construye en el cúmulo de voluntades que coordinan y cooperan adoptando normas. Lamentablemente, el sistema no siempre responde en tiempo y forma; y, en otras ocasiones nunca responde. Lo que al final produce una suerte de legitimación con el transcurso del tiempo como ha sido Afganistán, Irak, Palestina, Crimea, etc.

Ante esta parálisis institucional, más específico, del Consejo de

Seguridad la comunidad internacional integrada por diversos actores ha decidido aplicar una sanción al estilo “efecto cascada” donde la conducta rusa ha sido reprochada. El problema son los efectos secundarios y quienes pagan por tales indecisiones o falta de toma de medidas. La reacción de este cuasi sistema coordinado de acciones (FIFA, UEFA, SWIFT, UE, etc.) no son más que una reacción a la ineficacia de la Carta de Naciones Unidas. Pero cuando se actúa al margen de la legalidad o si tales acciones ocasionan violaciones de otros derechos, la arbitrariedad gana camino. El Derecho Internacional, debe, por tanto, expresar su parecer.

En ese sentido, se podría considerar que la situación ocurrida en Ucrania no tuvo respuesta desde el Consejo de Seguridad, en virtud de las circunstancias políticas que le rodean. Ante lo cual, el sistema institucionalizado – habilitado – para aplicar medidas que coaccionen (Artículos 41 y 42) a Rusia ha sido inoperante. No obstante, el DI dio respuesta a nivel judicial ante la solicitud de medidas provisionales¹³ de Ucrania, a través de la Corte Internacional de Justicia, que expresó:

La Fédération de Russie doit suspendre immédiatement les opérations militaires qu'elle a commencées le 24 février 2022 sur le territoire de l'Ukraine.

Sin entrar en su análisis, la CIJ tiene el camino de solicitar al Consejo de Seguridad el cumplimiento, en caso de que su medida – de carácter obligatoria – no sea acatada. Sin embargo, el problema contextual político del CS se haría presente nuevamente dado el veto ruso. En cuanto a las medidas que han tomado los otros integrantes del sistema, ya mencionados, corresponden algunas precisiones. Especialmente para entender la legalidad de esas medidas que bien pueden aparentar una solución, pero que podrían significar un agravamiento del problema por la distorsión que ocasionan y los derechos colectivos e individuales que provocan.

Las medidas que han tomado las entidades mencionadas afectan derechos ya consagrados en el Derecho Internacional. Ejemplo serían los derechos laborales de los deportistas que dependen de estas actividades. El derecho a la nacionalidad se ha visto vulnerado cuando se prohíbe utilizar la bandera del país (Rusia en este caso) o tener que vulnerar el derecho de opinión (libertad de expresión) al constreñir a un tenista a declararse contrario a su país (caso Daniil Medvedev)¹⁴. Otro tanto se podría decir sobre las libertades comerciales, afectadas por la exclusión del sistema bancario internacional a los bancos rusos. Podría justificarse que el interés internacional es superior a estos derechos y buscar una legitimidad. Difícilmente occidente

¹³ Allegations of genocide under the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation). Ordonnance du jour 16/03/2022.

¹⁴ Diario Marca. “Medvedev podría perderse Wimbledon si no muestra su oposición a Putin”. 15 de marzo de 2022. Disponible en: <<https://www.marca.com/tenis/wimbledon/2022/03/15/6230b24122601d14118b45d7.html>>

pueda justificar moralmente una superioridad cuando en épocas recientes ha hecho lo mismo, pero sin observar este movimiento mundial de condena. Es en estas circunstancias que el DI y todo el manto de legalidad acuñado por principios generales de derecho deben aparecer para exigir garantías a quienes se ven afectados por medidas de entes u organismos no vinculados al conflicto y que carecen de competencias sancionatorias.

En este análisis hay que separar la condena de esta Corte Internacional Moral que por más loable que sea no puede vulnerar derechos ya consagrados y que separan lo civilizado de lo incivilizado.

El camino hacia la arbitrariedad es oscuro y más cuando se ignora el Derecho. Admitir un sistema paralelo que afecte derechos y distorsione el comercio o que empañe el deporte no es buen augurio de caras al futuro. Actualmente, el Derecho Internacional no avala este sistema paralelo de sanciones que exceden el objeto del conflicto.

CONCLUSIONES

Lo expuesto aquí manifiesta algunas preocupaciones. La primera, el ataque ruso a Ucrania sin respetar las normas internacionales. La segunda, las medidas colectivas sin respaldo legal en el Derecho Internacional de actores privados o sujetos que no tiene relación directa con el conflicto, pero que ocasionan distorsión y discriminación sin medir consecuencias. La tercera, la falta de legitimidad de occidente para respaldar estas medidas. El pasado ha tenido a Estados occidentales o afines a ellos que han hecho lo mismo que Rusia, pero que se justificaron con el devenir del tiempo. Y la cuarta, la amenaza nuclear de Rusia.

Es un momento vital para el Derecho Internacional que necesita de nuevos vientos de esperanza para decantar la balanza hacia la legalidad y legitimidad. Es el DI quien debe asumir el rol para el que fue creado, la Carta de Naciones Unidas debe justificar la inacción del CS y dar pie a medidas o acciones colectivas desde la Asamblea General o considerar que un Estado Parte en la controversia no puede ser “juez y gendarme” en su causa. Desde hace dos décadas asistimos a eventos en que potencias actúan al margen del sistema causando daños a inocentes, a la economía, al medio ambiente, etc., sin que haya un freno. No debe olvidarse la invasión a Afganistán, a Irak, la ocupación ilegal de Israel en Palestina, Crimea y su anexión, etc. El conflicto ruso-ucraniano nos deja sensaciones preocupantes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC NEWS. “Russia sanctions: how the measures have changes daily life”. 13 de marzo de 2022. Disponible en: < <https://www.bbc.com/news/world-europe-60647543>> Consultado el 19/03/2022.

BBC NEWS. “15 años de la guerra de Irak: ¿quiénes justificaron y quiénes se opusieron al inicio de la invasión que dividió al mundo?”. 20 de marzo de 2018. Disponible en: <<https://www.bbc.com/mundo/media-43476921>> Consultado el 22/03/2022.

COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE. Allegations of genocide under the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation). Measures conservatoires. 22 de marzo de 2022. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-FR.pdf>>. Consultado el 22/03/2022.

DEUTSCHE WELLE. “La EU aprueba nuevas sanciones contra Rusia en coordinación con el G7”. 11 de marzo de 2022. Disponible en: <<https://www.dw.com/es/la-ue-aprueba-nuevas-sanciones-contra-rusia-en-coordinaci%C3%B3n-con-el-g7/a-61101235>> Consultado el 17/03/2022.

DIARIO MARCA. “Medvedev podría perderse Wimbledon si no muestra su oposición a Putin”. 15 de marzo de 2022. Disponible en: <<https://www.marca.com/tenis/wimbledon/2022/03/15/6230b24122601d14118b45d7.html>> Consultado el 22/03/2022.

EUROPA PRESS. “La Unión Europa impondrá desde este sábado nuevas sanciones comerciales para aislar a Rusia”. 12 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.europapress.es/internacional/noticia-ue-impondra-sabado-nuevas-sanciones-comerciales-aislar-mas-rusia-20220312081946.html> Consultado el 20/03/2022.

FIFA. Reglamento de Gobierno de la FIFA. 2019. Disponible en:<<https://digitalhub.fifa.com/m/525ea7b04e02b701/original/n3vz6jsrruu8bjytpako.pdf>> Consultado el 22/03/22.

FRANCIA24. “La FIFA y la UEFA suspenden a Rusia de todas las competiciones”. 28 de febrero de 2022. Disponible en: <<https://www.france24.com/es/deportes/20220228-rusia-mundial-descalificado>> Consultado el 22/03/22.

NACIONES UNIDAS. Carta de Naciones en español. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-4>. Consultada el 19/03/2022.

NACIONES UNIDAS. Carta de Naciones Unidas en francés. Disponible en: <https://www.un.org/fr/about-us/un-charter/chapter-1>. Consultada el 18/03/2022.

NACIONES UNIDAS. Carta de Naciones Unidas en inglés. Disponible en: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter> . Consultada el 19/03/2022.

NACIONES UNIDAS. “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”. Viena, 23 de mayo de 1969.

NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. A/ES-10/273. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la

construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. 13 de julio de 2004. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>> Consultado el 21/03/2022.

OTAN. Tratado del Atlántico Norte. Disponible en https://www.nato.int/nato-welcome/index_es.html Consultado el 21/03/2022.

PIANTADOSI, Giulio Maria. “La potencia nuclear rusa: una amenaza que la OTAN no puede igualar”. EL CONFIDENCIAL 20 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-03-20/potencia-nuclear-rusa-amenaza-otan_3392876/ . Consultado el 21/03/2022

SWIFT WEBSITE. “An update to our message for the SWIFT Community”. 20 de marzo de 2022. Disponible en:<https://www.swift.com/es/node/308383> . Consultado el 22/03/22.



The Russian-Ukrainian conflict: some issues regarding sanctions in International Law and a new trend?

Abstract: The present article tries to become a reflection on the recent events related to the invasion or armed attack of the Russian Federation against Ukraine. In this sense, the Charter of the United Nations limits or calls States to refrain from the use or threat of force. However, what is of interest is the reaction that this event has provoked in the “international community”, which has generated a striking vehemence condemnation. All these actions can be seen not only against the Russian state and government, but also against the nationals of that country. Examples of this are the exclusions from international sports competitions (FIFA, IOC, ATP, etc.) or from international banking such as the SWIFT system and even requests for suspension of students from international academic events such as the MOOT COURT. These measures alter the legal certainty, the global commercial and financial relations; and affect people not linked to the conflict, provoking a reaction rarely seen, but one that has not been witnessed in other similar situations. Because of this, it is appropriate to analyze the legality of these measures under the current framework of International Law

Keywords: International law, Use of forces, Attack, International sanctions, International conflict, Rights and freedoms

RESUMEN BIOGRÁFICO

Juan Manuel Rivero Godoy, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UdelaR, Uruguay. Master en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Público, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid. Doctorando en Paz y Sostenibilidad, Universitat de Valencia. Profesor Adscripto de Derecho Internacional Público, UdelaR. Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad ORT, Uruguay. Licenciado en Relaciones Internacionales, UdelaR. Profesor de Derecho Comercial Internacional, Universidad Iberoamericana (UNIBE) Paraguay. Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad Nihon Gakko (Paraguay-Japón). Diploma en Arbitraje Internacional, Universidad Austral. Diploma en Contratos y Litigios Internacionales, Universidad Austral. Fellowship Member of the Asian Institute of Alternative Dispute Resolution (AIADR). Member of RAI (Raising International Arbitration). Secretary General of Permanent Review Tribunal - Mercosur (Ad Hoc and Arbitral Tribunal) 2020-2023.

PRESENTACIÓN

Cómo surgió la revista

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, creada por la Secretaría del TPR surgió para la publicación de artículos académicos que tratan temas generales del derecho como integración regional, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Temas y alcance

El proyecto tiene como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR y no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que tratan el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

Idiomas

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués. Los trabajos también pueden presentarse en inglés y francés.

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. La revista acepta artículos publicados en servidores preprints.

Los artículos son sometidos a un programa de detección de plagio y acepta hasta un 20% de similitudes. 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.

El tiempo de revisión es de aproximadamente 6 a 10 semanas.

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.

Auto citas: la revista acepta auto citación de trabajos científicos no mayor al 30% del total de referencias bibliográficas utilizadas para el desarrollo del artículo.

Índices

Actualmente la RSTPR es miembro de CrossRef y WordCat. Está indizada en las siguientes bases de datos: Latindex, DOAJ, SciELO, Dialnet, Redib, Qualis Capes y la Web of Science.

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, español, inglés y francés.
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo; ORCID (registro en. <https://orcid.org/register>)

- 3.- Dirección electrónica del autor correspondiente para

correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.
4.- 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.

5.- Contribución de autores: deberán indicar la contribución de cada uno de los autores y remitir firmado junto con el manuscrito.

Ej. AA (iniciales del autor) desarrolló la introducción

BB (iniciales del autor) realizó la redacción del manuscrito

6.- Fuente de Financiamiento: Si es el caso, declarar datos como número y nombre del proyecto, año y fuente de financiación.

7.- Conflictos de interés: Los autores deben indicar conflictos de intereses si los tuviesen.

8.- Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las referencias bibliográficas.

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificatorio (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 la traducción correspondiente a los tres idiomas restantes.

Ej.: si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués, inglés y francés.

El título no debe exceder las 20 palabras, deberá reflejar el contenido del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho de hacer ajustes al mismo.

Notas aclaratorias: cuando correspondan al título debe insertarse al final de la página con llamada de *.

Resumen: en español, portugués, inglés y francés, 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 español, portugués, inglés y francés, 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 / Palavras-chave / Keywords / Mots clés”.

Cuerpo del artículo: deberá constar con la siguiente estructura: INTRODUCCIÓN, DESARROLLO, CONCLUSIÓN. El DESARROLLO puede subdividirse.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en letra cursiva, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de cada página, sin sangría, letra “Times New Roman”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

Citas directas

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “Times New Roman” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

Citas en notas

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

a) Primera cita

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas. La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citas en notas de pie de página:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREUTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. Festschrift für Ulrich Spellenberg. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda cita y las siguientes

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

Op. Cit.: Obra citada. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: Igual que la referencia anterior. Se utiliza cuando la cita actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: En el mismo lugar. Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR, p. 8.

7. Ibíd., p. 24

Referencias bibliográficas: se incorporarán al final del artículo, bajo el título REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. Se recomienda como mínimo 20 referencias que deberán ser citadas en el cuerpo del artículo. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

PUBLICACIONES IMPRESAS

- LIBROS

APELLIDOS, Nombres. Título del libro –en cursiva-. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

Un autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dos autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Más de dos autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark (Eds.). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. Título del libro –en cursiva-. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (Ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. Título del libro –en cursiva-. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalía, 2005.

(DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título de la revista –en cursiva-, lugar de publicación, vol, número.
Año de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. Título de la revista –en cursiva-. año de publicación, vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

Un autor

LACERDA, Antônio 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. 10. 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 Estados Partes del MERCOSUR para la prevención y represión 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. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres Título del libro –en cursiva-. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación. 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. s.l.: Department of Economics. Northwestern University, 2002. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.;

(2011) Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results. Luxembourg: European Union. Luxembourg: European Union, 2011. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development. Ginebra: UN Publications, 2011. Disponible en: <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-. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo. 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-. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo). Disponible en: <dirección web>

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva-, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación.

BUSINESS 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. Disponible en: <dirección web>

Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN”. Economíaunam 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas”. Título del periódico–en cursiva-. Fecha de publicación. Disponible en: <dirección web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua”. Diario UNO. 31 oct 2014. 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). 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. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. 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. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. 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. Disponible en: <dirección web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Declaração conjunta Brasil-Paraguai. Disponível em: <http://daimre.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, criada pela Secretaria do TPR surgiu para a publicação de artigos acadêmicos que tratam temas gerais do direito como integração regional, organizações internacionais e especialmente o Direito do MERCOSUL.

Temas e alcance

O projeto tem como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL e não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratam do marco jurídico do MERCOSUL, como o direito internacional geral, e o direito internacional econômico y o direito da integração.

Idiomas

Os idiomas da revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português. Os trabalhos também podem ser apresentados em inglês e francês.

Sistema de revisão

Os trabalhos apresentados são analisados por um conselho técnico sob a modalidade double blind review, ou seja, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores de direito com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos apresentados. Sua identificação é reservada e se considera a revisão emitida como se fosse da revista.

Os artigos são inéditos, de rigor científico e não representam em nenhuma hipótese a opinião do TPR quanto aos temas abordados. A revista aceita artigos publicados em servidores preprints.

Os artigos são submetidos a um programa de detecção de plágio e aceita até um 20% de semelhanças. Se o programa detecta citas bibliográficas que não são referenciadas corretamente, o trabalho não é publicado.

No que tange à forma, os artigos devem atender aos critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, conjuntamente com a análise de conteúdo, condição essencial para a sua publicação, e por conseguinte, serão submetidos à consideração da Equipe Editorial.

O tempo de revisão é de aproximadamente 6 a 10 semanas.

Gratuidade da publicação

A revista não tem fins lucrativos. O envio e a publicação dos artigos não estão sujeitos a nenhum tipo de custo. O conteúdo publicado está totalmente disponível online de forma gratuita.

Critérios gerais para a aceitação de manuscritos

Os artigos serão inéditos, de rigor científico e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR enquanto aos temas abordados pelo autor.

A revista reserva todos os direitos legais de reprodução do conteúdo.

O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Este processo finaliza com a firma de uma carta de cessão de direitos por parte do autor. O envio de artigos será feito exclusivamente através da página da revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Sob nenhum conceito serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

Conflito de interesse: quaisquer interesses dos 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 rechaçado.

Autocitas: a revista aceita autocitação de trabalhos científicos não mais de 30% do total das referências bibliográficas utilizadas para o desenvolvimento do artigo.

Índices

Atualmente a RSTPR é membro do CrossRef e WordCat. Está indexada nas seguintes bases de dados: Latindex, DOAJ, SciELO, Dialnet, Redib, Qualis Capes y la Web of Science.

1. ENVIO DE ARTIGOS

O envio se realiza através da página web da revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Passos a seguir:

O autor deverá ingressar os seguintes dados no passo 3 do procedimento de envio- (Introdução dos meta dados de envio):

- 1.- Título em português, espanhol, inglês e francês.
- 2.- Nome de cada autor, seguido da sua afiliação institucional e o título por ocasião da submissão do trabalho; ORCID (registro em <https://orcid.org/register>)
- 3.- Direção eletrônica do autor correspondente para correspondência de trâmites de artigos, incluindo fax, telefone.
- 4.- Além disso, o autor deverá incluir um breve currículo vitae na sessão- Resumo biográfico- no campo correspondente ao sistema, que não supere as 50 palavras, já que está incorporado na publicação mediante uso de chamada. Deve-se indicar também a atual afiliação institucional.
- 5.- Contribuição de autores: deverão indicar a contribuição de cada

um dos autores e remeter com assinatura junto ao manuscrito.

Ex. AA (iniciais do autor) desenvolveu a introdução

BB (iniciais do autor) realizou a redação do manuscrito

6.- Fonte de Financiamento: Se for o caso, declarar dados como número e nome do projeto, ano e fonte de financiamento.

7.- Conflitos de interesse: os autores devem indicar conflitos de interesses se existirem.

8.- Agradecimentos: se for necessário, com um máximo de 20 palavras, no final do artigo e antes das referências bibliográficas.

Ao finalizar o envio, o sistema determinará um código identificador (Id.) ao artigo recém anexado perante o qual o autor seguirá o processo de revisão.

2.FORMATO DE ENVIO

O artigo deve ser enviado, de forma a ser editado, na extensão .doc; tamanho de folha A4, com margem superior esquerdo 3 cm, inferior direito 2 cm. No formato original será usada a tipografia “Times New Roman”, tamanho 12, estilo normal e justificado. Interlineado 1,5; sem espaço entre os parágrafos. Os parágrafos iniciais a 1,25 cm. de sangria.

O original deve conter um mínimo de 15 (quinze) páginas e não deve exceder as 20 (vinte) páginas, incluindo o título, resumo, desenvolvimento, referências bibliográficas, quadros, gráficos e imagens se caso existir.

No caso de que artículo artigo contenha quadros ou gráficos de estatística, estes devem ter um título no corpo do artigo em “Times New Roman”, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar os mesmos em um arquivo de planilha eletrônica.

Em caso de o artigo conter imagens, devem ter um título no corpo do artigo em “Times New Roman”, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar os mesmos em formato de edição de imagens (JPG, TIF, GIF, PNG) com uma altura mínima de 700 px, com uma resolução de 300 ppp.

Estes arquivos deverão ser anexados no “Passo 4 “Subir ficha complementar” durante o processo de envio do artigo.

3. ESTRUTURA DO ARTIGO

A estrutura do artigo deve conter:

Título: no idioma original do texto e a tradução correspondente aos três idiomas restantes.

Ex.: se o texto original é em espanhol, a tradução deverá ser ao português, inglês e francês.

O título não deve exceder as 20 palavras, deverá refletir o conteúdo do trabalho de maneira objetiva e clara. A equipe editora se reserva ao direito de fazer ajustes aos mesmos.

Notas esclarecedoras: quando correspondam ao título devem ser inseridas ao final da página com a pontuação de *.

Resumo: em espanhol, português, inglês e francês, consiste na sequência de frases concisas e objetivas que deem uma ideia geral do artigo; e no seu conjunto, não deve passar as 250 palavras em cada idioma.

Palavras chave: em espanhol, português, inglês e francês, devem sinalizar entre 3 a 5 palavras representativas do conteúdo do trabalho que se localizarão depois do resumo, separadas por coma precedida da expressão “Palabras clave / Palavras-chave / Keywords / Mots clés”.

Corpo do artigo: deverá constar com a seguinte estrutura: INTRODUÇÃO, DESENVOLVIMENTO, CONCLUSÃO. O DESENVOLVIMENTO pode se subdividir.

O desenvolvimento do artigo será numerado com número arábico começando pela Introdução com o número 1.

O texto que se deseja ressaltar dentro de um parágrafo deverá ser escrito em letra cursiva, sem se utilizar, em nenhuma parte, negrita ou sublinhada.

As notas devem ser inseridas no final de cada página, sem sangria, letra “Times New Roman”, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 1 no corpo do artigo. Serão para uso de notas esclarecedoras do texto e de citas-notas.

Citas diretas

As citas diretas que ultrapassem as 3 (três) linhas devem ser iniciadas em um novo parágrafo com distinta margem, em letra “Times New Roman” 10, espaço simples e deve terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve ser deixada uma linha em branco antes e depois da cita.

Citas em 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) Primeira cita

A primeira cita de um documento deve conter os elementos necessários para assegurar a correspondência exata entre a cita e a entrada apropriada dentro da lista de referências bibliográficas. A primeira cita deve compreender como mínimo o ou o (os) nomes (s) dos autores e o título completo, tal como aparecem dentro da referência bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, se for necessário.

Se o ou os autores e o título não for suficiente para diferenciar

as entradas dentro da lista de referências bibliográficas, a cita incluirá os elementos suplementares (edição, ano de publicação, etc.) necessários para assegurar a correspondência exata com a referência.

Exemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

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 e as seguintes

Se um documento é citado várias vezes, as citas seguintes recebem números diferentes.

A segunda cita de um documento e as seguintes podem ser reduzidas aos nomes dos autores e a um título resumido, seguido uma das seguintes abreviaturas conforme o corresponda:

Op. Cit.: Obra citada. Se usa quando se volta a referir-se a uma cita já mencionada mas não consecutiva e quando corresponda a diferentes páginas. Se repete o sobrenome e o nome do autor/es seguido de Op. Cit. e o número de página.

Se o ou os autores não forem suficientes para diferenciar as entradas dentro da lista de referências bibliográficas, a cita incluirá o título da publicação citada.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: Igual que a referência anterior. Se utiliza quando a cita atual provém da mesma obra e da mesma página que a cita imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: No mesmo lugar. Se usa para evitar a repetição da cita anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas da mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR, p. 8.

7. Ibíd., p. 24

Referências bibliográficas: são incorporadas no final do artigo, sob o título

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. Se recomenda como mínimo 20 referências que deverão ser citadas no corpo do artigo. Utilizar-se-á o formato ISO 690 e ISO 690-2 e serão ordenadas alfabeticamente por sobrenome e autores.

PUBLICAÇÕES IMPRESSAS

- LIVROS

SOBRENOMES, Nomes. Título do livro –em cursiva-. Número de edição. Lugar de publicação: Editorial, ano de publicação.

A menção do número de edição se realiza a partir da segunda edição.

Um autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dois autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. Guide to international environmental law. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Mais de dois autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. Derecho Internacional Público. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordenador, compilador, organizador de um 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) o (eds) segundo seja um ou mais autores.

- CAPÍTULO DE UM LIVRO

SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro –entre aspas-”. Em: SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do/os editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) o (eds) segundo o caso. Título do livro –em cursiva-.Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do 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 UMA COLEÇÃO DE LIVROS

SOBRENOMES –em maiúsculas-, Nomes do autor. “Título do capítulo do livro –entre aspas-”. Em: SOBRENOMES –em maiúsculas-, Nomes do/os editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) o (eds) segundo o caso. Título do livro –em cursiva-.Número da edição. Cidade da publicação: Editor, ano de publicação. (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 cursiva-, lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo – entre aspas”. Título da revista –em cursiva-. ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo.

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 ou mais 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 JORNAL

“Título do artigo - entre aspas”. Título do jornal –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 maiúsculas -, Nomes do autor. “Título – entre aspas -” [Tipo de documento]. Orientador. Instituição acadêmica que representa. 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.

- INFORMES

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. Título do informe –em cursiva-. Lugar de publicação: editorial, ano. (Tipo de informe)

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 (ATAS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número

da conferência, data e lugar de realização –entre parêntesis-) Título da ata. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editorial, ano.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (Ed.). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- PONÊNCIA APRESENTADA EM UM CONGRESSO SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da ponencia –entre aspas-”. Em: Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização - entre parêntesis-) Título da ata. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editorial, 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. 10. p. 224-230.

- LEGISLAÇÃO

Lei

País. Título. Publicação oficial na que se publica, 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

MERCOSUL. Tratado de Assunção, firmado em Assunção, República do Paraguai, no dia 26 de março de 1991.

Protocolo

MERCOSUL. Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL, firmado em Olivos, Província de Buenos Aires, República Argentina, no dia 18 de fevereiro de 2002.

Decisão

MERCOSUL. Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 40/00. Convênio de cooperação entre os bancos centrais dos Estados

Partes do MERCOSUL para a prevenção e repressão de manobras tendentes à legitimação de ativos provenientes de atividades ilícitas, firmada em Florianópolis-SC, República Federativa do Brasil, no dia 14 de dezembro de 2000.

Jurisprudência de tribunais nacionais
ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 544/2011, de 27 julio.

Jurisprudência de 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. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

- LIVROS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes Título do livro –em cursiva-. Número de edição. Lugar de publicação: Editorial, ano de publicação. Disponível em: <link da página>

Um autor

MONGE-NARANJO, Alexander. The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Mais de um autor

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. Luxembourg: European Union, 2011. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes

of international production and development. Genebra: UN Publications, 2011. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE UM LIVRO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro –entre aspas-”. Em: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes de/os editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) o (eds) segundo o caso. Título do livro –em cursiva-. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo. 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-”. Em: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes de/os editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) o (eds) segundo o caso. Título do livro –em cursiva-. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo. Disponível em: <endereço web>

- REVISTAS

Título da revista–em cursiva-, lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação.

BUSINÉS review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo –entre aspas”. Título da revista –em cursiva- ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo. Disponível em: <endereço web>

Um autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN”. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTIGO DE JORNAL

“Título do artigo –entre aspas”. Título do jornal– em cursiva-. Data de publicação. Disponível em: < endereço web >

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua”. *Diario UNO*. 31 oct 2014. Disponível em: <<http://www.diariouno>>

com. ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>

- INFORMES

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. Título do informe-em cursiva-[em linha]. Lugar de publicação: editorial, ano. (Tipo de informe). Disponível em: < endereço web >

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ATAS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização - entre parêntesis-) Título da ata. Responsabilidade secundaria. Lugar de publicação: editorial, ano. Disponível em: < endereço web >.

- PONÊNCIA APRESENTADA EM UM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da ponencia –entre aspas-”. Em: Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização –entre parêntesis-) Título da ata. Responsabilidade secundaria. Lugar de publicação: editorial, ano. p. inicial-final. Disponível em: < endereço web >

- PÁGINA WEB

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo o NOME DA INSTITUIÇÃO – em maiúsculas -. Título da página Web. Disponível em: < endereço web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Declaração conjunta Brasil-Paraguai. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

Finalizada
en diciembre 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
www.revistastpr.com

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo, “Villa Aucinera”, CP 1532
Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411