



RSTPR

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

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

**Año 10 N° 19
2022**

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

ACORDOS DE LIVRE COMÉRCIO NA AMÉRICA DO SUL: O CASO UE-MERCOSUL

Acuerdos de libre comercio en América del Sur: El caso UE-Mercosur

Lohayne Gomes de Lima* 

* TEQOYA, Paris, França.

Resumen: O presente artigo tem como objetivo central analisar os motivos para a assinatura do acordo de livre comércio entre o Mercosul e a União Europeia, assim como as suas perspectivas na lógica de integração econômica.

Resumo: El presente artículo tiene como objetivo principal analizar las razones de la firma del acuerdo de libre comercio entre el MERCOSUR y la Unión Europea en 2019, así como sus perspectivas y límites en la lógica de integración económica.

Palavras-chave: MERCOSUL, União Europeia, Integração econômica, Acordo de livre comércio.

Palabras clave: MERCOSUR, Unión Europea, Integración económica, Acuerdo de libre comercio.

1. INTRODUÇÃO

Apesar da confirmação dos Estados Unidos enquanto potência mundial, o fim da Guerra Fria dá espaço a possibilidades de construção de um cenário internacional descentralizado. De áreas de livre comércio a uniões aduaneiras, cada país da América do Sul participa de um ou mais acordos de integração de caráter, natureza e profundidade variados. Nesses termos, o MERCOSUL seria a expressão mais bem-sucedida do dito *novo regionalismo sul-americano*¹.

* E-mail: lima.lohayne@gmail.com

Recibido: 31/05/2020. Aceptado: 13/11/2021.

1 PERROTTA, D. & PORCELLI, E. "El Mercosur en el nuevo escenario político regional: más allá de la coyuntura". Desafíos. 2017, vol 30, n° 1, 91-134. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/321818248_El_Mercosur_en_el_nuevo_escenario_politico_regional_mas_alla_de_la_coyuntura>



Criado no início dos anos 1990, o MERCOSUL constitui um espaço regulatório comum, visando melhorar as condições de competitividade e integração dos Estados-parte no cenário internacional. Na sua fase inicial, prevaleceu um programa de liberalização do comércio interno como base para a inserção no processo de globalização total da economia. Seguindo o caminho do *regionalismo aberto* e em consonância com o seu passado histórico, uma *integração atlântica* norteou a política externa do bloco durante esse período. Essa opção de integração está assim centrada em particular nos Estados Unidos e na União Europeia (UE).

Em dezembro de 1995, a União Europeia convida o MERCOSUL a assinar um acordo-quadro de cooperação inter-regional². A partir dessa data, os blocos passaram a estabelecer um diálogo regular para apresentar pontos de vista sobre os quais havia convergência. O intuito era de preparar o caminho para negociações ambiciosas de livre comércio e, conseqüentemente, selar um acordo comercial para além daqueles cobertos e assumidos no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC)³. Com a recente assinatura do Acordo de Associação entre o MERCOSUL e a União Europeia, o bloco retoma um certo dinamismo e reafirma essa opção de orientação.

O presente artigo tem como objetivo central analisar as razões para a assinatura de um acordo de livre comércio entre MERCOSUL e União Europeia em 2019, assim como as suas perspectivas e limites em uma lógica de integração econômica. Assim, buscamos responder à problemática: até que ponto o Acordo de Associação UE-MERCOSUL pode contribuir para a inserção e valorização do MERCOSUL no sistema internacional de forma coerente.

Nossa hipótese de estudo é a seguinte: o Acordo de Associação marca o retorno das políticas multilateralistas, decisivas para o fortalecimento da competitividade comercial dos países signatários – sobretudo a pedra angular do bloco sul-americano, Argentina e Brasil. Esse artigo parte então de uma análise de perspectivas complementares: (I) uma breve evolução das relações entre o MERCOSUL e a UE para melhor situar o acordo, (II) as razões econômicas e geoestratégicas que levam a MERCOSUL a estabelecer uma relação direta com a UE através desse acordo e (III) analisará os limites desse. Por fim, serão delineadas pistas de reflexão.

2 PARLAMENTO EUROPEU. *Acordo-quadro inter-regional de cooperação entre a Comunidade Europeia e o Mercosul*, firmado em junho de 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:r14013>>

3 A fim de respeitar o artigo XXIV do GATT, as uniões aduaneiras, as zonas de comércio livre e os acordos provisórios celebrados com vista ao estabelecimento de uma união aduaneira ou de uma zona de comércio livre devem eliminar os direitos aduaneiros sobre uma “parte substancial do seu comércio”. OMC. Memorandum d’accord sur l’interprétation de l’article xxiv de l’accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, firmado em abril de 1994. Disponível em: <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/10-24.pdf>

2. AS DINÂMICAS DO ACORDO DE ASSOCIAÇÃO UE-MERCOSUL

2.1. A evolução das relações entre UE-MERCOSUL

O quadro inter-regional UE-MERCOSUL se tornou uma base a partir da qual a União iniciou o diálogo com os países do bloco sul-americano. Nesse contexto, apresentaremos de forma sucinta a evolução histórica das relações entre UE-MERCOSUL.

a) Origens do bloco sul-americano

O MERCOSUL seria a expressão mais bem-sucedida do regionalismo aberto do continente sul-americano⁴. Nascido num contexto global particular de retomada das políticas regionalistas, o bloco é uma iniciativa de integração construída sobre uma pedra angular da região: a parceria estratégica entre Argentina e Brasil. A aproximação entre os gigantes da região foi pensada como um instrumento para consolidar as democracias renascidas e um meio para prevenir conflitos e neutralizar as rivalidades históricas. Assim, as fronteiras passaram a ser vistas como uma área de cooperação capaz de enfrentar desafios transnacionais⁵.

Em seu processo de redemocratização e reorientação econômica, Argentina e Brasil assinaram a *Declaração do Iguazu* (1985), estabelecendo as bases para o desenvolvimento de suas relações bilaterais e sua integração ao mercado internacional. Posteriormente, assinaram o *Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento* (1988), a fim de estabelecer (dentro de um período máximo de dez anos) um espaço econômico comum através da liberalização total do comércio recíproco e da eliminação de todas as barreiras tarifárias e não tarifárias ao comércio de bens e serviços. De fato, o fim da Guerra Fria impulsiona a construção de um cenário internacional descentralizado. É através do *Ata de Buenos Aires* (1990) que Argentina e Brasil preveem a sua plena integração aduaneira. Também nesse mesmo ano, os governos do Paraguai e do Uruguai manifestam interesse em aderir a essa iniciativa de integração. Criando o MERCOSUL, tem-se a assinatura do *Tratado de Assunção* em 1991⁶.

O bloco serviu primeiramente de salvaguarda contra tendências autoritárias. Contudo, as preocupações com a estabilidade democrática foram

4 Pode-se confirmar o sucesso do bloco pela análise do Produto Interno Bruto e Taxas de Crescimento dos Estados-parte do Mercosul (1991-2018). TheGlobalEconomy.com, O Banco Mundial. "Crescimento econômico: a taxa de variação do PIB real". Disponível em: <<https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.KD?end=2020&locations=PY-BR-UY-AR&start=1960&view=chart>>

5 O MERCOSUL destaca a ascensão da "condicionalidade democrática" na América do Sul com o fim dos governos autoritários. "Advierten que la firma de un TLC entre Mercosur y UE afectaría el empleo". BAE Negocios. 27/02/2017. Disponível em: <<https://www.baenegocios.com/economia-finanzas/Advierten-que-la-firma-de-un-TLC-entre-Mercosur-y-UE-afectaria-el-empleo-20171227-0088.html>>

6 Promulgação do Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (TRATADO MERCOSUL). MERCOSUR. Tratado de Asunción, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

gradualmente substituídas pela opção liberal do Consenso de Washington⁷. Nos primeiros parágrafos do Tratado de Assunção, os Estados-parte consideram a expansão de seus mercados nacionais como: uma condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico, e uma resposta adequada à evolução do sistema internacional. Assim, com base na reciprocidade de direitos e obrigações, o Tratado de Assunção foi estabelecido como uma forma de integração através do livre comércio entre os países signatários. O objetivo central desse seria constituir um mercado comum, seguindo o modelo da Comunidade Econômica Europeia (atual União Europeia). A título ilustrativo, o artigo 5º do Tratado de Assunção estabelece os principais instrumentos para a criação de um mercado comum, tais como um *Programa de Liberação do Comércio*. Trata-se de uma redução tarifária progressiva, linear e automática, acompanhada da eliminação de restrições ao comércio, a fim de se chegar a uma tarifa zero.

O Tratado de Assunção inaugurou, portanto, o período de transição para a criação de um mercado comum, previsto para ser estabelecido até 31 de dezembro de 1994. De todo modo, é assinado em 1995 um protocolo adicional ao tratado, que estabelece uma regra de consenso no processo decisório e ratifica a personalidade jurídica do MERCOSUL no contexto do Direito internacional⁸. Esse autoriza o bloco a negociar acordos com países terceiros, blocos econômicos e organizações internacionais⁹. Em resumo, no decorrer do processo de integração, a agenda do bloco sul-americano tem sido progressivamente ampliada.

b) Ambições e valores compartilhados

Com a queda do Muro de Berlim, o sistema internacional entra em uma nova etapa da globalização. Impulsionada pelos centros mais desenvolvidos (notadamente os Estados Unidos e a União Europeia), a formação de novos regionalismos em um mundo multipolar substituiu em grande medida as relações bilaterais¹⁰. A partir dessa formação, o conceito de

7 Sob o efeito de uma restrição externa muito forte, surgirá um novo tipo de Estado. Conhecemos os preceitos que o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e o Clube de Paris vão impor à América Latina sob o nome de Consenso de Washington (1989). Todos os países, a taxas variáveis, serão obrigados a privatizar, a deixar de subsidiar as necessidades básicas, a equilibrar os seus orçamentos, a abrir os seus mercados, etc. As maciças privatizações do período significam que os Estados perderam a possibilidade de agir diretamente sobre a economia. MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. "As políticas neoliberais e a crise na América do Sul". Revista Brasileira de Política Internacional 45, 2002. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-73292002000200007>>

8 Organograma do MERCOSUL de acordo com o Protocolo de Ouro Preto (1994), Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/documento/organograma-mercosul-completo-oficial/>>

9 Promulgação do Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto) assinado em cidade de Ouro Preto el 17 de dezembro de 1994 e o Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, assinado em Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, o 18 de fevereiro de 2002.

10 SANTANDER S. *Le régionalisme sud-américain, l'Union européenne et les États-Unis. Coll. Études européennes*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, 281 p. Disponível em: <<https://www.erudit.org/fr/revues/ei/2009-v40-n1-ei3248/037577ar/>>

regionalismo aberto é entendido como uma integração comercial associada à liberalização do comércio e dos fatores de produção. Integrar significaria então reduzir distorções nas políticas internas e deslocar fronteiras nacionais ao se aproximar do mercado internacional. Nesse sentido, o regionalismo seria semelhante ao multilateralismo: na medida em que ambos derivam da negociação, do compromisso e do Estado de direito.

Umavez que a União Europeia (então, Comunidade Econômica Europeia) se consolidou no campo do regionalismo, o bloco europeu molda os polos de integração regional na cena internacional. Com isso, advêm as discussões entre o MERCOSUL e a CEE. A evolução desse diálogo levou à criação de um Comitê Consultivo Conjunto de Assistência Técnica e Institucional em 1991 e a assinatura de um Acordo de Cooperação Institucional entre UE-MERCOSUL em 1992. O fato de a UE ter dado preferência a relações multilaterais com o bloco sul-americano não a impediu de manter relações e concluir parcerias ditas estratégicas de maneira bilateral com outros países da região e mesmo com os Estados-parte do bloco.

Em 1992, a UE então assinou, ao mesmo tempo (mas separadamente), com os Estados-parte um acordo de cooperação de terceira geração de mesmo conteúdo. Esse incluía uma “cláusula democrática”, garantindo “o respeito aos princípios básicos que fazem parte de um patrimônio de valores comuns”, e uma “cláusula evolutiva”, dando aos signatários a possibilidade de complementar e aumentar o nível de integração e cooperação regional¹¹. Ao abrigo do artigo XXIV do GATT, essa gama de acordos deu abertura para o convite da União para a assinatura de um o Acordo Quadro Inter-regional de Cooperação entre UE-MERCOSUL em 1995. Primeira decisão do MERCOSUL sujeita ao Direito internacional, o início da relação entre os blocos parte da ideia de criar uma associação inter-regional de natureza política e econômica, visando liberalizar reciprocamente o comércio, promover a estratégia de investimento das empresas e reforçar a cooperação política a nível internacional.

O grau de ambição deste acordo está na capacidade de ir além da tradicional relação centro-periferia. Com o intuito de preparar o caminho para negociações em matéria de livre-comércio, os blocos passam a desenvolver um contato regular e institucionalizado. Em termos de cooperação regional, o MERCOSUL estava inclinado para o modelo regional europeu não só por esse ser portador de valores potencialmente universais (direitos humanos, aos direitos sociais, ao desenvolvimento sustentável, à diversidade cultural, à democracia, etc.), mas também por esse ter criado um ambiente de “paz,

11 Os acordos da EU ditos de terceira geração condiciona a liberalização do comércio sobre o desempenho ambiental, vossa reduzir o impacto do carbono destes acordos, a fim de reforçar a coerência entre o comércio e as políticas ambientais. MINISTERIO DA TRANSICAO ECOLOGICA E DA SOLIDARIEDADE. *Commerce international et environnement Vers des accords de 3e génération?*, nov. 2018. Disponível em: <<https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Thema%20-%20Commerce%20international%20et%20environnement.pdf>>

estabilidade e prosperidade” graças a estruturas institucionais únicas¹².

Assim, do início dos anos 1990 até o final de 2004, a União Europeia encorajou os países do MERCOSUL a adotar uma abordagem supranacional em cooperação com a lógica do Estado de direito. Nesse viés, a adoção de uma personalidade jurídica de direito internacional permitiria ao bloco sul-americano seguir uma lógica de consulta regional a fim de que esse possa falar a uma só voz nas negociações internacionais. Com o adensamento das relações entre os blocos, o MERCOSUL teve a União Europeia como o principal investidor externo, assim como o segundo maior parceiro comercial (depois dos Estados Unidos). Isso foi decisivo para a recusa pelos países do MERCOSUL a participar do projeto de integração econômica das Américas (ALCA), promovido por Washington. A aproximação da União e as negociações para um acordo de associação inter-regional foram vistas pelos gigantes do MERCOSUL como favoráveis para a consolidação do bloco sul-americano e o reconhecimento internacional.

A partir do Acordo Quadro Inter-regional (1995), foi assinado em 1999 um mandato de negociação e criado um fórum de negociação do acordo – o Comitê de Negociações Birregionais (CNB)¹³. A primeira reunião do CNB foi realizada em Buenos Aires em 2000. No âmbito da pasta comercial, foram definidos e criados os princípios gerais, os objetivos, assim como três grupos técnicos para abordar os diferentes temas da agenda. Ao longo dos CNB, para além das crises internas do MERCOSUL, a grande maioria dos países europeus mostrou pouco ou nenhum interesse pelas discussões entre os blocos. Isto levou ao enfraquecimento do diálogo político. Finalmente, as negociações UE-MERCOSUL foram suspensas em 2004, visto que a oferta da UE não parecia ser considerada suficientemente equilibrada, sobretudo no que se refere ao protecionismo induzido pela Política Agrícola Comum (PAC).

De ambos os lados, a falta de vontade política pareceu prevalecer. O período de 2003 a 2016 é em particular marcado pela ascensão de governos progressistas nos países do MERCOSUL. Esses governos priorizaram o desenvolvimento de uma economia local autônoma. Contudo, desde 2016, o bloco passou a um novo cenário: as mudanças na orientação política dos governos argentino e brasileiro (juntamente com uma série de transformações estruturais) levaram o MERCOSUL a um impulso neoliberal em sua agenda de inserção internacional nos mercados mundiais. Com a assinatura do acordo de livre comércio com a União Europeia em 2019, as preocupações estratégicas da pedra angular do bloco parecem assim retomar uma visão globalizada, aberta notadamente a relações com países atlânticos.

12 PARLAMENTO EUROPEU. *Conselho Europeu de Madrid*, firmado em dezembro de 1995. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/summits/mad1_pt.htm>

13 UNIAO EUROPEIA. *Directives de négociation, par la commission, d'un accord d'association entre les parties*. Bruxelles, 17/09/1999. Disponível em: <<https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/ue-mercosur-mandat-sep-1999.pdf>>

2.2. As razões para a retomada do diálogo político inter-regional

Desde sua criação, o MERCOSUL tem se apresentado como um espaço comum que cria oportunidades de intercâmbio comercial e investimento através da integração competitiva das economias nacionais no mercado internacional. O bloco conduz assim a negociações com vários países e grupos de países através da elaboração de acordos de livre comércio. Dentro deste contexto, a relação UE-MERCOSUL parece enfim decolar após anos de negociação.

a) Os novos atores no cenário internacional

Os Estados-parte do MERCOSUL são países periféricos do Atlântico. Sua localização geográfica e seu patrimônio colonial favoreceram a dependência econômica, política e social dos países europeus. Logo, com a mudança do epicentro econômico global do Atlântico para a região Ásia-Pacífico, a orientação geopolítica do bloco tem sido posta em questão¹⁴. A União Europeia acompanha essas mudanças graduais e a difusão do poder global implícita à ascensão da China e de outros países asiáticos. Ademais, o ranking das economias mundiais mostra que os países europeus estão perdendo lugar em favor dos países emergentes¹⁵.

A China representa mais de 20% do total das exportações brasileiras e pouco mais de 7% das exportações argentinas. Enquanto isso, o Japão (segunda maior economia asiática) responde por cerca de 3% dos intercâmbios comerciais dos gigantes do bloco. Por sua vez, a Coreia (terceira economia asiática) responde por 2% do total da cesta de exportações dos países em questão. Apenas a Índia está próxima do nível da China para a Argentina, o que não é o caso do Brasil, onde o bloco como um todo responde por menos de 3%¹⁶. O gigante asiático se consolida assim como o terceiro destino das exportações argentinas (7,4% em 2017), longe do Brasil (16% em 2017), mas muito próximo dos Estados Unidos (7,8% em 2017). O caso é semelhante para os produtos brasileiros¹⁷.

14 Segundo a OEC (2019). A porcentagem das exportações do Brasil e da Argentina em direção à região da Ásia-Pacífico aumentou significativamente à partir dos anos 2000. As importações desde países da Ásia-Pacífico cresceram numa proporção ainda mais significativa. Disponível em: <<https://oec.world/pt/profile/country/arg/>>

15 INVESTOPEDIA. “The Top 25 Economies in the World”. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/insights/worlds-top-economies/>>

16 De acordo com a OEC (2019), os principais destinos das exportações da Argentina são os seguintes: Brasil (US\$ 9,3 bilhões); EUA (US\$ 4,6 bilhões); China (US\$ 4,38 bilhões); Chile (US\$ 2,77 bilhões); Vietnã (US\$ 2,27 bilhões). Ademais, a Argentina importa de: Brasil (\$17,8 bilhões); China (\$12,6 bilhões); EUA (\$7,33 bilhões); Alemanha (\$3,26 bilhões); México (\$2,06 bilhões). Disponível em: <<https://oec.world/pt/profile/country/arg/>>

17 De acordo com a OEC (2019), os principais destinos das exportações do Brasil são os seguintes: China (US\$ 48 bilhões); EUA (US\$ 25,1 bilhões); Argentina (US\$ 17,8 bilhões); Holanda (US\$ 7,57 bilhões); Alemanha (US\$ 6,18 bilhões). Temos como origem das importações do Brasil: China (US\$ 27 bilhões); EUA (US\$ 20,4 bilhões); Argentina (US\$ 9,3 bilhões); Alemanha (US\$ 9,3 bilhões); Coreia do Sul (US\$ 5,39 bilhões). <Disponível em: <https://oec.world/pt/profile/country/arg/>>

Apesar da concentração nos valores entre 2013 e 2016, na inserção de produtos argentinos e brasileiros no mercado internacional, a evolução do peso da China em suas exportações totais é um elemento importante a ser levado em consideração. Na análise de uma alternativa de inserção global Ásia-Pacífico para o MERCOSUL, a estratégia converge necessariamente no estudo das relações econômicas com a China (independentemente das estratégias discursivas do bloco regional). Entretanto, uma possível inserção baseada no privilégio das relações comerciais com a China esbarra em uma série de limitações. Em países como o Brasil, a abertura à China coloca em questão os grandes projetos dos setores industriais do Estado e a liderança das indústrias manufatureiras brasileiras. Na verdade, 96% e 91%, respectivamente, das exportações de manufaturados da Argentina e do Brasil são diretamente ou parcialmente ameaçadas pela concorrência do gigante asiático¹⁸.

Desde 2004 a China tem investido continuamente em infraestrutura, transporte e tecnologia nos Estados-parte. Também está se posicionando no setor automotivo ou de compras públicas e está se tornando um cliente chave para as matérias-primas, bem como o principal fornecedor de produtos manufaturados do continente¹⁹. Em 2008, foi lançado um “Livro Branco”, no qual são identificados os objetivos chineses na América do Sul. Para tanto, Pequim adotou uma série de iniciativas diplomáticas para acompanhar e consolidar sua presença na região, como o diálogo China-MERCOSUL. No entanto, esse diálogo enfrenta uma série de desafios. No atual contexto de incertezas, a estagnação econômica, a queda dos preços das commodities e as pressões fiscais enfrentadas pelos Estados-parte evidenciam as tensões entre os setores agroexportadores e industriais²⁰.

Essas tensões têm tido o potencial de gerar realinhamentos políticos, influenciando as decisões de política econômica externa do bloco sul-americano. Contudo, o capital privado europeu tem ainda uma importância decisiva para o desenvolvimento e fortalecimento das indústrias dos Estados-parte. Através da selagem do acordo de livre-comércio, o MERCOSUL visa consolidar os investimentos europeus e se demarcar no cenário internacional, enquanto a União Europeia almeja alcançar mais benefícios comerciais para suas multinacionais e reforçar seu reconhecimento como ator internacional²¹.

18 GALLAGHER, Kevin P.; Roberto Porzecanski. *The Dragon in the Room. China and the Future of Latin America Industrialization*. Stanford, EEUU: Stanford University Press.

19 OEC (2019). As principais exportações da Argentina para a China. Disponível em: <<https://oec.world/pt/profile/country/arg/>>

20 SOUTAR, Roberto. *Novo Livro Branco da China sinaliza um passo à frente na América Latina*, 21/12/2016. Disponível em: <<https://dialogochino.net/pt-br/comercio-e-investimento-pt-br/8136-novo-livro-branco-da-china-sinaliza-um-passo-a-frente-na-america-latina/>>

21 Todas as ofensivas comerciais da UE continuam sob a *Global Europe*. Implementada em 2006, essa política se baseia na lógica de concorrência para forçar o acesso às matérias-primas de países terceiros pela UE e por conseguinte baixar os obstáculos para as exportações de mercadorias e de empresas europeias. PARLAMENTO EUROPEU. “Regulation (EU) 2021/947 of the European Parliament and the Council establishing the Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument: Global Europe”, juin 2018. Disponível em:<

b) O retorno do inter-regionalismo econômico

A UE tem uma espécie de formato de acordo de livre comércio com toda uma série de seções. Em 2019, foram concluídas as negociações sobre a seção comercial do acordo entre o MERCOSUL e a União Europeia. O diálogo entre os blocos parece natural, uma vez considerada a posição atlântica dos países do bloco e sua herança colonial (em termos de ideias e instituições seguindo o modelo europeu, em particular). Contudo, as negociações estavam bloqueadas há vários anos, principalmente devido à falta de consenso em questões como: marcos regulatórios, compras públicas, propriedade intelectual, regras sanitárias, tarifas alfandegárias. Neste momento em que o mundo está cada vez mais fragmentado e as regras que regem o sistema internacional vem sendo desafiadas, a retomada das negociações comerciais sublinha o compromisso dos blocos regionais com a abertura econômica e com o fortalecimento das condições multilaterais.

Em termos práticos, o aumento do comércio de mercadorias entre os blocos é mais acentuado a partir de 2003. Contudo, a crise econômica global se reflete em 2009 em uma queda significativa das exportações da UE para o MERCOSUL e ainda mais nas importações do MERCOSUL. Desde 2015, a evolução das importações do MERCOSUL e da UE tem seguido uma tendência semelhante à das exportações²². É possível observar uma retração significativa dos intercâmbios entre 2002 e 2011, com a diminuição de cerca de 8 pontos percentuais. Isto é consequente a perda de competitividade das exportações europeias, em comparação com outros centros mundiais de exportação, em particular da Ásia-Pacífico. De 2011 até hoje, embora ligeiramente, a participação europeia começou a se recuperar.

De 2007 a 2020, a UE responde de 59,9% a 50,1% das exportações e 40,1% a 48,9% das importações do MERCOSUL. Embora a tendência seja ligeiramente ascendente se compararmos 2009 e 2011, este gráfico sugere que o comércio UE-MERCOSUL tenta retomar o crescimento contínuo vivido nos anos 1990. A MERCOSUL foi responsável por pouco mais de 2% do comércio externo total da UE em 2019 e foi o décimo primeiro parceiro comercial mais importante da UE. De fato, o MERCOSUL importa majoritariamente bens industrializados da UE e exporta principalmente commodities, energia e produtos alimentícios. A partir disso, podemos ver que a Alemanha está se afirmando como uma real potência exportadora da UE, regularmente em excesso. No primeiro semestre de 2020, só a Alemanha foi responsável por 31,5% das exportações de mercadorias da UE para o MERCOSUL. O segundo maior país da UE em exportações para o MERCOSUL é a Itália com 11%, seguida da França com 10,1%.

Para a UE, por outro lado, o acordo de cooperação com o MERCOSUL representa uma oportunidade de revigorar sua inserção europeia nos

<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-foreign-affairs-afet/file-mff-ndici>22> MERCOSUL (2019). Exportações, importações e balança comercial do Mercosul - Parceiros: União Européia (2007-2018). Disponível em: <<https://estadisticas.mercosur.int//>>

mercados sul-americanos, diante da crescente concorrência dos países da região Ásia-Pacífico. Além disso, este acordo gera menos resistência entre os industriais brasileiros e argentinos do que um possível acordo similar com a China, uma vez que a presença de produtos manufaturados europeus já foi internalizada pelos players locais. Para os setores exportadores de commodities, principalmente agroexportadores, o Acordo de Associação gera a esperança de recuperar um espaço através da obtenção de preferências tarifárias em um mercado altamente protegido por barreiras de vários tipos. Por outro lado, apesar das expectativas, esse não abre realmente a possibilidade de melhorar a inserção de produtos manufaturados em competição com países terceiros da UE. Para tanto, seria necessário um jogo produtivo além dos efeitos de um acordo de livre comércio.

Apesar dos possíveis custos deste acordo, o acordo de livre-comércio com a UE apresenta um equilíbrio mais favorável para sua materialização na equação das considerações ideológicas, geopolíticas e materiais dos países do MERCOSUL. Dada a falta de internalização de padrões comuns, o bloco sul-americano está em uma posição fraca nas negociações. A instabilidade e a pluralidade de regras são um fator de incerteza no MERCOSUL, sendo determinante na confiança dos operadores econômicos. Além disso, há também o contexto de declínio do comércio entre os blocos e a mudança do motor econômico internacional para a Ásia-Pacífico. Tudo isso coloca em questão a viabilidade desse acordo como estratégia para a integração global do MERCOSUL.

2.3. Os limites do Acordo UE-MERCOSUL

Ao longo de vinte anos de negociações, as discussões entre o MERCOSUL e a União Europeia trataram de resolver diversos pontos divergentes a fim de se chegar ao Acordo de Associação UE-MERCOSUL. Contudo, existem ainda posicionamentos divergentes no interior de ambos os blocos que podem influenciar negativamente no processo de ratificação desse.

a) As divergências sobre questões fundamentais

Durante todo o período de negociações, a questão agrícola foi um tema sensível do Acordo de Associação. O MERCOSUL assinalou por anos a lacuna na interpretação pela UE do artigo XXIV do GATT, devido essa excluir a liberalização de bens sensíveis – em particular agrícolas e agroindustriais. Apesar do respeito à moção do Parlamento Europeu preservando os interesses dos produtores agrícolas europeus nas negociações comerciais com o MERCOSUL²³, alguns países do bloco europeu ainda consideram o acordo como uma ameaça aos subsídios à produção e exportação, concedidos

23 PARLAMENTO EUROPEU. *Résolution du Parlement européen du 21 octobre 2010 sur les relations commerciales de l'Union européenne avec l'Amérique latine, adotada outubro 2010*. Disponível em: < https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2010-0387_FR.html >

no âmbito da PAC²⁴. A liberalização de investimentos, serviços e compras públicas também é vista ainda, por analistas, como uma ameaça à política industrial de ambos os blocos. Haveria particularmente impactos negativos no setor automobilístico. Ademais, o dossiê sobre a proteção dos direitos de propriedade intelectual apresentado pelos negociadores europeus colocaria também sérios problemas para os produtores argentinos e brasileiros em particular.

Os interesses da União Europeia em estabelecer um acordo com o MERCOSUL competem cada vez mais com a expansão econômica das potências asiáticas emergentes. Por conseguinte, além das dificuldades de exercer influência política nos países do bloco sul-americano, tem havido uma fase de declínio econômico europeu no intercâmbio comercial entre os blocos. Os fluxos de comércio e investimento caíram acentuadamente frente aos anos 1990, principalmente com o resultado do lento crescimento das economias europeias.

O processo de globalização econômica ao submeter as economias europeias ao teste da intensificação da concorrência internacional levanta muitos desafios à política comercial comum do bloco europeu. Apesar disso, a UE é tradicionalmente percebida como uma “grande potência” no campo do comércio, devido a sua capacidade de “falar a uma só voz” em negociações multilaterais. Na verdade, estas relações comerciais UE-MERCOSUL são semelhantes ao padrão tradicional de centro-periferia. A grande maioria das exportações da UE para o MERCOSUL são produtos manufaturados, enquanto para o MERCOSUL por sua vez são produtos primários. Portanto, a participação do bloco sul-americano é modesta no comércio internacional: de 4% em 1980 e mal ultrapassou os 5% em 2019 (aproximadamente a participação da economia francesa), enquanto a União Europeia quadruplicou sua contribuição no mesmo período²⁵.

Apesar de o MERCOSUL ser uma potência agroindustrial, o projeto de integração regional sul-americano decepciona as expectativas europeias, no sentido de que, o MERCOSUL não conseguiu ainda criar um órgão de negociação coletiva (como a Comissão Europeia), nem finalizar a união aduaneira, nem adotar legislação comum em áreas que são objeto de negociações entre os dois blocos regionais, (como serviços, investimentos ou compras governamentais). Contudo, o MERCOSUL confirmou a sua ambição geral de melhorar a união aduaneira ou mesmo de satisfazer a condição de oferta da UE quando decidiu aprovar a eliminação gradual da dupla cobrança da TEC a partir da decisão do Conselho do Mercado Comum de 2012. A vontade de criar um mecanismo de distribuição das receitas aduaneiras e um código aduaneiro foi também endossada. Em uma comparação norte-

24 A aplicação de políticas regionais como a PAC constitui um meio privilegiado de estabilização de preços e de proteção para os produtores da União Europeia.

25 MERCOSUR. SECEM. *Estadísticas de Comercio Exterior*. Disponível em: <<https://estadisticas.mercosur.int/>>

sul, o intercâmbio comercial entre os blocos está em superávit para a UE²⁶. Assim, ambos os blocos desenvolvem um diálogo sobre setores que lhes são caros (agroindústrias, automobilístico, farmacêutico, serviços, etc.) a fim de se demarcarem em um cenário mundial cada vez mais heterogêneo.

b) As assimetrias no interior do MERCOSUL

Os Estados-parte do MERCOSUL apresentam um território altamente assimétrico, caracterizado por fraturas socioeconômicas e descontinuidades. As produções agrícolas e industriais, assim como as melhores condições de vida da população, estão concentradas nas regiões costeiras, enquanto os baixos indicadores de PIB e IDH caracterizam grandes áreas localizadas principalmente no interior dos países. Entre 2003 e 2009, os Estados-parte desfrutaram de uma fase de alta prosperidade. As taxas de crescimento foram altas, em média 5% e até 8% a 9% em alguns países, que se beneficiaram particularmente bem da demanda asiática e do aumento dos preços das commodities.

Ao longo dos últimos anos, a China está investindo dezenas de bilhões de dólares nas economias da América do Sul para garantir uma base para o seu abastecimento de recursos naturais²⁷. Os investimentos chineses favorecem principalmente a energia (54,7%), minerais (22,3%), aço (11,8%), atividades portuárias (3,4%), energia elétrica (3,3%) e recentemente o setor do agronegócio (compra de terras para produção de soja para o mercado chinês)²⁸. Além disso, o gigante asiático exporta para esses países principalmente bens manufaturados (têxteis, eletrodomésticos, equipamentos automotivos) a preços reduzidos, graças a um yuan desvalorizado. Essa competição afeta severamente as indústrias nacionais e contribui para deslocar os produtos manufaturados de seus mercados naturais, especialmente porque o valor da moeda interna permanece elevado.

Os países do MERCOSUL permanecem em sua maioria fiéis ao modelo de industrialização “substituta”. Na verdade, esses estão presos ao sucesso inicial enquanto fornecedores de matérias-primas e produtos agrícolas. De acordo com uma lógica de extroversão e “vantagens comparativas”, os países têm se industrializado sob a restrição da situação econômica para satisfazer seu mercado interno. Por exemplo, mais de 70% das exportações

26 O acordo UE-MERCOSUL permitirá a perpetuação das exportações de carne, petróleo, gás xisto e grãos (Brasil e Argentina são grandes exportadores de soja). O acordo também favorece a exportação de carros (tais como carros de luxo alemães), a exportação de produtos farmacêuticos, a venda de pesticidas e outros.

27 Agora atualizado com dados de 2021, o Banco de Dados de Financiamento da China-América Latina inclui empréstimos provenientes da China. Este banco de dados é o produto da colaboração entre o Diálogo Interamericano e o Centro de Políticas de Desenvolvimento Global da Universidade de Boston. GALLAGHER, Kevin P. e Margaret Myers (2022). “China-Latin America Finance Database”, Washington: Diálogo Interamericano. Disponível em: <https://www.thedialogue.org/map_list/>

28 CREBEC, Yves. *Investissements chinois au Brésil*. Brésil, 11 mai 2011. Disponível em: <<http://brasil.aujourdhuilemonde.com/>>

do MERCOSUL para a China em 2020, que se tornou o seu maior mercado, consistiam em produtos agrícolas ou minerais (petróleo, minerais, café, açúcar, tabaco, carne e soja). Alguns países menos complexos do bloco correm o risco de doença holandesa, com a exportação única e a extrema volatilidade dos preços internacionais das commodities²⁹. Na Argentina, por exemplo, alguns analistas estão preocupados que o país se torne uma “República da Soja”, sacrificando tudo para o produto do momento.

Mesmo que a China tenha sido inicialmente recebida como uma oportunidade econômica e comercial, atualmente as autoridades dos Estados-parte querem abrir-se a relações comerciais pluralistas. Tanto a Comissão Europeia quanto os Estados Ibéricos, particularmente Portugal, cuja política externa sempre considerou o gigante lusófono da região como um parceiro privilegiado³⁰. Assim, a evolução do MERCOSUL e mesmo seu destino aparece intimamente ligada ao Brasil uma vez que este responde por mais 60% do PIB do bloco. O Brasil é, por conseguinte, o principal beneficiário da abertura, gozando assim de maior autonomia econômica e política, comparado aos vizinhos da região que são também considerados países emergentes.

A integração regional cria efeitos de polarização resultantes de forças centrípetas e centrífugas. As forças centrípetas são os fatores tecnológicos e monetários, enquanto as centrífugas são os fatores sociais. Essas forças conduzem a processos cumulativos no centro que podem ser perversos para as periferias desfavorecidas. O centro é uma zona atrativa, capaz de criar externalidades favoráveis ao crescimento – como uma aglomeração industrial. Portanto, para reduzir a vulnerabilidade da periferia, os efeitos da polarização exigem transferências, mecanismos de compensação e políticas de ordenamento do território a fim de reduzir as desigualdades de desenvolvimento a nível regional. No caso do MERCOSUL, a XXVII Cúpula do Mercosul aprovou a criação do Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM) em 2004 e se tornou operacional a partir de 2006³¹. Para o então Ministro Celso Amorim, responsável pelo Ministério das Relações Exteriores sob o governo Lula da Silva (2003-2010), o FOCEM e seu Parlamento testemunharam a dimensão política, econômica e social da

29 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Enfermedad holandesa y desindustrialización*. Amersur, 2010. Disponível em: <<https://www.amersur.org/SocEdyTrab/Pereira1004.htm>>

30 SANTANDER, Sebastian. The Role of the Iberian States in European Union-Latin America Interregionalism. In Frederik Söderbaum, Francis Baert et Tiziana Scaramagli (Ed.), *Intersecting Interregionalism*, Dodrecht, Springer, 2013. Disponível em: <<https://orbi.uliege.be/handle/2268/122253>>

31 A XXVII Cúpula do MERCOSUL realizada em Ouro Preto, em 17 de dezembro de 2004, foi um desses importantes passos para a reestruturação do bloco. Além da criação de um Parlamento do Mercosul, essa cúpula aprovou o Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM). Esse mecanismo se dedica a apoiar o funcionamento da estrutura institucional e o fortalecimento do processo de integração do MERCOSUL, assim como financiar programas para promover a convergência estrutural, desenvolver a competitividade e promover a coesão social, particularmente nas pequenas economias e regiões menos desenvolvidas do bloco regional. MERCOSUR. “Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM)”, 2019. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/temas/focem/>>

união regional e o seu “forte senso de solidariedade”³².

Os avanços na construção de novas instituições políticas e o compromisso com os mecanismos sociais contrastam com os escassos progressos alcançados em termos de integração produtiva e comercial. O enfraquecimento das economias locais conduz a um aumento das desigualdades sociais. Além disso, há um problema na adoção de normas: assim que a implementação de normas é negligenciada (sem consequências para os Estados-parte), os governos podem se beneficiar da assinatura de acordos, ao mesmo tempo em que economizam custos de controle³³. O FOCEM seria, portanto, a ilustração de uma lacuna entre o discurso oficial e a modéstia dos modos de ação dos Estados-partes no que tange a cooperação entre os mesmos. Os governos facilmente adotam uma política, mas negligenciam sua implementação.

Enfim, no que se refere especificamente ao acordo de associação com a União Europeia, os Estados-parte do MERCOSUL se colocam em uma posição declarada de re-primarização de suas economias: matérias-primas sendo exportadas em contrapartida de medicamentos por exemplo³⁴. Com a entrada de produtos europeus mais baratos no mercado regional, haveria uma substituição dos produtos produzidos na economia local. O mercado da UE está 66% aberto, enquanto o mercado do Mercosul é de apenas 13%³⁵. O risco de quebra total da indústria local se torna assim evidente. Em termos relativos, as indústrias argentinas mais afetadas seriam a automobilística (28% de seu emprego em risco), a autopeças (28%) e a metalmeccânica (20%). Ademais, estima-se que apenas na Argentina cerca de 186.000 empregos industriais (133.000 registrados e 53.000 não registrados) poderão ser perdidos com a ratificação do acordo³⁶. O acordo de associação pode privar os Estados-parte de um certo equilíbrio econômico entre a parte agrícola e industrial, assim como colocar em risco o intercâmbio entre outros países sul-americanos.

32 AMORIM, Celso. “Discurso do Ministro Celso Amorim na XXVI Sessão Plenária do Parlamento do Mercosul”. Montevideo, 18/10/2010. Disponível em: <www.itamaraty.gov.br>

33 ARNOLD, Christian. “Empty promises and nonincorporation in Mercosur”. *International Interactions*. 2007, vol 43, nº 4. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/7afd/1ff1086ce785c96326d904c9178670daae4a.pdf>>

34 MERCOSUL. Principais produtos de exportação importados pelo Mercosul - Parceiro: a União Europeia. 2019. Disponível em: <<https://www.estadísticas.mercosur.int>>

35 PARLAMENTO EUROPEU. *A União Europeia e os seus parceiros comerciais, adotado em setembro 2021*. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/160/a-uniao-europeia-e-os-seus-parceiros-comerciais>>

36 Os empregos em risco seriam divididos entre os setores industriais de metalmeccânica (48.000 empregos assalariados), sensível (calçados, têxteis, artigos de couro, móveis - 47.000), autopeças (32.500), químico (19.000) e automotivo (9.500). “Advierten que la firma de un TLC entre Mercosur y UE afectaría el empleo”. BAE Negocios. 27/02/2017. Disponível em: <<https://www.baenegocios.com/economia-finanzas/Advierten-que-la-firma-de-un-TLC-entre-Mercosur-y-UE-afectaria-el-empleo-20171227-0088.html>>

3. CONCLUSÃO

O terreno político do Mercosul está bastante movimentado. A ascensão ao poder dos governos de Macri e de Bolsonaro fez com que a assinatura do acordo entre a UE e o Mercosul fosse desbloqueada. Esses governos neoliberais trocaram o modelo onde temos uma economia local, regional, com certas proteções, por uma economia globalizada. Com a reviravolta eleitoral na Argentina e a instabilidade política no Brasil, o MERCOSUL enfrenta um novo cenário que não pode ser entendido sem referência a transformações estruturais de longo prazo.

As transformações do mercado internacional, com o surgimento de novos players, significaram no curto prazo a possibilidade de ampliação dos campos de atuação autônomos, suportados pelos novos recursos resultantes do boom das matérias primas e da expansão das possibilidades de financiamento internacional. No entanto, isto tem mostrado seus limites no médio prazo, com especialização produtiva levando a políticas liberais ortodoxas e uma forte retração dos setores industriais que enfrentam forte competição nos mercados manufaturados nacionais e regionais.

A implementação do Acordo de Associação entre o MERCOSUL e a União Europeia parece afirmar uma vontade de retorno de uma política comercial de viés multilateralista. Com isso, tem-se criação de uma área de integração econômica imponente tanto em termos do mercado potencial que abrangeria (750 milhões de consumidores), como do comércio que poderia gerar (mais de 84 bilhões de euros por ano, segundo o CESE). No geral, o acordo seria um ativo em termos de criação de empregos e crescimento, à luz das conclusões dos estudos de impacto de julho de 2011. Se for ambicioso, o PIB da UE e do MERCOSUL aumentaria 0,2% e 0,3%, respectivamente. A União Europeia visa ser reconhecida como ator importante no cenário internacional. Por sua vez, além de atrair novos investimentos e diversificar suas relações comerciais, o MERCOSUL pretende ganhar visibilidade no cenário internacional.

De fato, a eliminação de barreiras tarifárias tornaria as economias inter-regionais ainda mais competitivas. Contudo, afetaria fortemente setores industriais que já se encontram em dificuldades. Ao mesmo tempo, a especialização produtiva deixa esses países sujeitos a: instabilidade macroeconômica e vulnerabilidade ligada a flutuações nos preços das matérias primas; ausência de políticas de redistribuição para compensar os perdedores; o déficit na absorção de mão de obra; etc. Ademais, o acordo tem também uma consequência ambiental onde a elevação da exportação de grãos pode por exemplo conduzir a um aumento do desmatamento da Amazônia.

Apesar de sua assinatura em junho de 2019, o acordo de associação entre UE-MERCOSUL está longe de ser colocado em prática. Como se trata de um mandato de 1999, todos os parlamentos nacionais dos Estados-partes têm que concordar. Há assim ainda um longo caminho a ser percorrido para esse ser ratificado pelos parlamentos que se encontram divididos

em questões de direitos sociais, desenvolvimento sustentável, etc. Enfim, apesar das contínuas declarações contrárias do atual governo brasileiro, o MERCOSUL mostra-se um espaço fundamental na estratégia de abertura e integração internacional dos países signatários.

Em conclusão, a assinatura do acordo de associação é uma oportunidade para refletir sobre as evoluções e os desafios a vir, tendo em vista a importância do MERCOSUL na consolidação da paz e da democracia como eixo da identidade e do desenvolvimento do bloco sul-americano.

CONFLITO DE INTERESSE E FINANCIAMENTO

A autora declara que o artigo não apresenta nenhum conflito de interesse nem teve nenhum financiamento de instituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Celso. *Discurso do Ministro Celso Amorim na XXVI Sessão Plenária do Parlamento do Mercosul*. Montevideo, 18/10/2010. Disponível em: <www.itamaraty.gov.br>

ARNOLD, Christian. "Empty promises and nonincorporation in Mercosur". *International Interactions*. 2017, vol 43, nº 4. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/7afd/1ff1086ce785c96326d904c9178670daae4a.pdf>>

BAE NEGOCIOS. Advierten que la firma de un TLC entre Mercosur y UE afectaría el empleo. 27/02/2017. Disponível em: <<https://www.baenegocios.com/economia-finanzas/Advierten-que-la-firma-de-un-TLC-entre-Mercosur-y-UE-afectaria-el-empleo-20171227-0088.html>>

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Enfermedad holandesa y desindustrialización*. Amersur, 2010. Disponível em: <<https://www.amersur.org/SocEdyTrab/Pereira1004.htm>>

CREBEC, Yves. *Investissements chinois au Brésil*. Brésil, 11 mai 2011. Disponível em: <<http://brazil.aujourdhuilemonde.com/>>

GALLAGHER, Kevin P.; Roberto Porzecanski. *The Dragon in the Room. China and the Future of Latin America Industrialization*, Stanford, EEUU: Stanford University Press.

INVESTOPEDIA. *The Top 25 Economies in the World*. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/insights/worlds-top-economies/>>

MERCOSUR. *Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM)*. 2019. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/temas/focem/>>

MERCOSUR. *Tratado de Asunción, firmado en Asunción, 26 de marzo de 1991.*

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.*

MERCOSUR. SECEM. *Estadísticas de Comercio Exterior.* Disponível em: <<https://estadisticas.mercosur.int/>>

MINISTERIO DA TRANSICAO ECOLOGICA E DA SOLIDARIEDADE. *Commerce international et environnement Vers des accords de 3e génération?*, nov. 2018. Disponível em: <<https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Thema%20-%20Commerce%20international%20et%20environnement.pdf>>

MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. “As políticas neoliberais e a crise na América do Sul”. *Revista Brasileira de Política Internacional.* 2002, vol 45. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-73292002000200007>>

OMC. *Memorandum d'accord sur l'interprétation de l'article xxiv de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, firmado em abril de 1994.* Disponível em: https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/10-24.pdf

PARLAMENTO EUROPEU. *Résolution du Parlement européen du 21 octobre 2010 sur les relations commerciales de l'Union européenne avec l'Amérique latine, adotado outubro 2010.* Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2010-0387_FR.html

OBSERVATORY OF ECONOMIC COMPLEXITY <<https://oec.world/>>

PARLAMENTO EUROPEU. *Regulation (EU) 2021/947 of the European Parliament and the Council establishing the Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument: Global Europe, juin 2018.* Disponível em: < <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-foreign-affairs-afet/file-mff-ndici>>

PARLAMENTO EUROPEU. *A União Europeia e os seus parceiros comerciais, adotado em setembro 2021.* Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/160/a-uniao-europeia-e-os-seus-parceiros-comerciais>>

PARLAMENTO EUROPEU. *Acordo-quadro inter-regional de cooperação entre a Comunidade Europeia e o Mercosul, firmado em junho de 2019.* Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/>>

HTML/?uri=LEGISSUM:r14013>

PARLAMENTO EUROPEU. *Conselho europeu de Madrid, firmado em dezembro de 1995*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/summits/mad1_pt.htm>

PERROTTA, D., & PORCELLI, E. “El Mercosur en el nuevo escenario político regional: más allá de la coyuntura”. *Desafíos*, 30(1), 91-134, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/321818248_El_Mercosur_en_el_nuevo_escenario_politico_regional_mas_alla_de_la_coyuntura>

SANTANDER, Sebastian. The Role of the Iberian States in European Union-Latin America Interregionalism. In Frederik Söderbaum, Francis Baert et Tiziana Scaramagli (Ed.), *Intersecting Interregionalism*. Dodrecht: Springer, 2013. Disponível em: <<https://orbi.uliege.be/handle/2268/122253>>

SANTANDER S. *Le régionalisme sud-américain, l'Union européenne et les États-Unis*. Coll. *Études européennes*. Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, 281 p. Disponível em: <<https://www.erudit.org/fr/revues/ej/2009-v40-n1-ei3248/037577ar/>>

SOUTAR, Roberto. *Novo Livro Branco da China sinaliza um passo à frente na América Latina*, 21/12/2016. Disponível em: <<https://dialogochino.net/pt-br/comercio-e-investimento-pt-br/8136-novo-livro-branco-da-china-sinaliza-um-passo-a-frente-na-america-latina/>>

UNIAO EUROPEIA. *Directives de négociation, par la commission, d'un accord d'association entre les parties*. Bruxelles, 17/09/1999. Disponível em: <<https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/ue-mercotur-mandat-sep-1999.pdf>>



Free trade agreements in South America: The EU-Mercosur case

Abstract: The main objective of this article is to analyze the reasons behind the signature of the free trade association agreement between Mercosur and the European Union in 2019. Moreover, this article also analyses the potential of this agreement in regard to the economic integration perspective.

Keywords: MERCOSUR, European Union, Economic Integration, Free Trade Association Agreement.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Lohayne Gomes de Lima. Especialista em comércio internacional, e Especialista em globalização e questões transnacionais, Mestre em Ciência Política pela Universidade Toulouse 1 Capitole (França, 2019) e em Relações Internacionais pelo Instituto de Estudos Políticos de Estrasburgo (França, 2020) e em Gestão e Comércio Internacional pela Universidade de Est Paris Creteil (França, 2021).

Aspectos jurídicos del acuerdo Mercosur – Unión Europea

Aspectos legais do acordo Mercosul – União Europeia

Alejandro Pastori Fillol* 

* Universidad de la República, Facultad de Derecho, Montevideo, Uruguay.

Resumen: En el artículo se tratarán algunos aspectos jurídicos del acuerdo Mercosur – Unión Europea. En primer término, veremos que el sistema de solución de controversias del Acuerdo Mercosur – Unión Europea posee un novedoso sistema de solución de controversias. Proyecta situaciones que tendrán que apreciarse en la práctica y que contienen claros oscuros a resolver o quizás rever a la hora del texto final. Nada se dice sobre el acceso de particulares al proceso de solución de controversias, ni en materia de inversiones. Por otro lado se plantea respecto al proceso de ratificación, donde existen diferencias esenciales de países de Europa en cuestiones ambientales particularmente con Brasil. En tanto el cierre del Acuerdo Unión Europea Mercosur encuentra se observa tres tipos de obstáculos que hace a sus componentes, cooperación, diálogo político y de libre comercio. También vemos que la democracia ambas partes lo miran un requisito esencial en el acuerdo, pero no establecen los mecanismos a implementarse en caso de ruptura democrática por parte de un Estado parte.

Resumo: O artigo tratará de alguns aspectos jurídicos do acordo Mercosul-União Européia. Em primeiro lugar, mencionaremos que o acordo Mercosul-União Européia tem um novo sistema de resolução de disputas. Projeta situações que deverão ser realizadas na prática com claro-escuro para resolver ou revisar no momento do texto final. Não diz nada sobre o acesso dos indivíduos ao processo de solução de controvérsias, nem sobre o investimento em particular. Em relação ao processo de ratificação, existem divergências essenciais entre os países europeus em questões ambientais, particularmente com o Brasil. O fechamento do Acordo do Mercosul da União Européia encontra três tipos de obstáculos aos seus componentes de

* e mail: alejandropastori@adinet.com.uy
Recibido: 21/02/2022. Aceptado: 8/07/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

cooperação, diálogo político e livre comércio. A democracia é um requisito que as partes propuseram, embora não estejam estabelecidos os mecanismos a serem implementados em caso de ruptura por parte de um Estado parte.

Palabras clave: Acuerdo Mercosur– Unión Europea, Solución de controversias, Proceso de ratificación, Democracia.

Palavras chave: Acordo Mercosul – União Europeia, Resolução de disputas, Processo de ratificação, Democracia.

1. INTRODUCCIÓN

Luego de más de veinte años de negociaciones, el 28 de junio de 2019 se firmó el borrador final Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y el Mercosur en Bruselas¹.

El acuerdo, como todo aquel orientado al libre comercio, parte de la liberalización de aranceles de forma escalonada. Ante la dicotomía multilateralismo contra bilateralismo con los casos de China y EE.UU. ciertos sectores lo ven como una oportunidad para los países de los bloques².

Como explica Arredondo³ por un lado Europa alienta el acuerdo ante su pérdida de influencia y ventas en el mercado sudamericano en especial por el dominio de China, pero a su vez posee presiones y negativas de países de tradición agrícola como Francia, Irlanda o Polonia que se niegan a ciertas concesiones en favor del Mercosur, que, por su parte, pone sus reparos sobre la protección de su industria.

El primer punto en que centraremos este trabajo es el sistema de solución de controversias que se crea en el acuerdo que según opiniones doctrinarias viene a ser novedoso respecto de los existentes, con sus aportes y sus carencias⁴.

Como segundo aspecto analizaremos la necesidad democrática de sus miembros y las posibles soluciones ante controversias sobre este tema.

En tercer término, veremos el proceso de ratificación y sus obstáculos.

Finalmente consideraremos el proceso de entrada en vigor y sus posibilidades en la situación actual.

1 OAS. Foreign Trade Information, Disponible en: < http://www.sice.oas.org/tpd/mer_eu/Texts/MER_EU_Index.asp >

2 DE AZEVEDO, Belisario, DE ANGELIS, Jesica, MICHALCZEWSK, Kathia y TOSCANI, Verónica. “Acuerdo de Asociación Mercosur - Unión Europea”. Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe Sector de Integración y Comercio. NOTA TÉCNICA Nº IDB-TN-01701. Disponible en: https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Acuerdo_de_Asociaci%C3%B3n_Mercosur-Uni%C3%B3n_Europea.pdf

3 ARREDONDO, Ricardo. “New Mercosur-EU Agreement”. Opinio Juris. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2019/07/15/new-MERCOSUR-eu-agreement/>

4 ORTIZ, Godofredo Agustín. “El arbitraje entre bloques de integración en el Acuerdo MERCOSUR - Unión Europea”. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis. Mercosur. Mayo 2021, año 9, nº 17, pp. 104-124. Disponible en: <https://doi.org/10.16890/rstpr.a9.n17.p104>

2. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El título XXX del Acuerdo se refiere a la Solución de Controversias estableciendo esencialmente un mecanismo arbitral⁵ y posee anexos sobre Reglas de Procedimiento Arbitral (Anexo I), Código de Conducta para los Miembros de Paneles Arbitrales y Mediadores (Anexo II) y sobre Mediación (Anexo III).

Como es sabido el arbitraje prorroga la jurisdicción ordinaria, en el caso que planteamos al tratarse de diversos Estados y concretamente, como aspecto novedoso, de dos bloques regionales, estamos naturalmente frente a un arbitraje internacional.

En cuanto a sus principios comunes, el mismo establece como finalidad en materia de resolución de controversias el establecimiento de un mecanismo efectivo y eficiente para evitar y resolver las disputas entre las partes con el fin de llegar, en la medida de lo posible, a una solución de la disputa mutuamente satisfactoria⁶.

Sobre los sujetos que pueden acceder al sistema por un lado puede acudir la Unión Europea como bloque o entidad, y en los mismos términos el Mercosur, a lo que se suma que también lo pueden hacer uno o más de sus Estados individualmente.

Los reclamos que se realicen como bloque pueden afectar a la totalidad o una parte de sus Estados. En el caso del Mercosur, una vez que inicie una acción como bloque no podrá iniciar otra un Estado individualmente sobre la misma causa.

La legitimación de los bloques deriva de forma directa de su calidad de sujetos del Derecho Internacional⁷. Sobre los Estados debe recordarse que en el caso de la Unión Europea éstos han delegado en gran medida sus competencias al organismo supranacional, a diferencia del Mercosur que posee carácter intergubernamental⁸.

Una asimetría dentro del sistema se verifica en la legitimación que tiene la Unión Europea de demandar individualmente a los Estados del Mercosur que no es recíproca, según se lee en el artículo 2 de este título XXX, el Mercosur no puede en cambio demandar individualmente a Estados de la UE.

El órgano del sistema que aparece en el Título XXX es el Comité de Comercio, sobre el que no se especifican sus funciones o integrantes. En opinión doctrinaria: *“...se trata de un cuerpo colegiado con representantes*

5 OAS. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/tpd/mer_eu/Texts/Dispute_Settlement_e.pdf>

6 ORTIZ, Godofredo Agustín. “El arbitraje entre bloques de integración en el Acuerdo MERCOSUR - Unión Europea”. op. cit. pp. 104 -124.

7 UNION EUROPEA. Tratado de Lisboa: Tratado de la Unión Europea. Firmado en Lisboa, Portugal, el 13 de diciembre de 2007. Art. 47. MERCOSUR, Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR – Protocolo de Ouro Preto. Firmado en Ouro Preto, República Federativa del Brasil, el 17 de diciembre de 1994. Art 34.

8 SOTO, Alfredo M., Floreal González, Flavio. Manual de Derecho de la Integración. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2017. p. 384.

de la UE y el MERCOSUR y un presidente, y quizás también un vice o copresidentes, elegido por ambos. En el cumplimiento de sus funciones, es el emisor y receptor necesario de todas las notificaciones que deben cursarse en el proceso. También interviene en la selección y formación de la lista de árbitros, así como en la modificación de las reglas de procedimiento y el código de conducta cuando lo estime conveniente”⁹

En cuanto al objeto del litigio, el mismo debe versar sobre controversias relativas a la interpretación y aplicación del Título X del Tratado sobre Comercio de Mercaderías¹⁰. Estas disposiciones tocan temas como aranceles aduaneros, medidas antidumping, obstáculos técnicos al comercio, defensa de la competencia, denominaciones de origen, propiedad intelectual, medidas sanitarias y fitosanitarias y medidas de protección ambiental.

Destacamos que nada se dice sobre el acceso de los particulares al proceso de solución de controversias, en ningún caso, ni siquiera en materia de inversiones, tema sobre el que volveremos más adelante.

Este sistema de solución de controversias planteado no posee antecedentes en el Mercosur, aunque sí en Acuerdos de la Unión Europea.

Ha tenido aplicación en Acuerdos celebrados por esta dentro del continente africano, específicamente con la Comunidad Económica de Estados de África Occidental en 2014 y el Acuerdo de Asociación Económica con los Estados de la Comunidad de Desarrollo de África Austral de 2016.

Un ejemplo de lo mencionado es la solicitud de consultas de solución de diferencias con la Unión Aduanera de África Austral, planteadas en concreto el 14 de junio de 2019 sobre la base del Acuerdo de 2016. La Unión Europea alegó que los derechos adicionales (medidas de salvaguardia) que la Unión Aduanera de África Austral impuso sobre productos avícolas europeos iban en contra de las disposiciones del Acuerdo¹¹.

En abril de 2020 la Unión Europea solicitó el establecimiento de un panel arbitral que se suspendió por la pandemia del Coronavirus, se reanudó en noviembre de 2020 y a la fecha sigue sin tener resolución¹².

9 PÉREZ GABILONDO, José L. (Coord.), DELUCA, Santiago, HERRERA ALBRIEU, María Liliana y LÓPEZ BRAVO, Alfredo. “Documento 4: Solución de Controversias. Panorama General”. Observatorio del Acuerdo Unión Europea – Mercosur. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/institucional/observatorio-acuerdo-mercosur-ue/documentos/informe-preliminar-solucion-de-diferencias.pdf>>

10 Artículo 3 del Título XXX.

11 ORTIZ, Godofredo Agustín. “El sistema de solución de controversias del Acuerdo de Libre Comercio Unión Europea - Mercosur: Hacia un nuevo tipo de arbitraje”. Relações Comerciais e de Investimento entre União Europeia e América Latina, Anais do I Seminário Jean Monnet Network. BRIDGE. 15 de março de 2021, Faculdade de Direito de Lisboa. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/354204281_El_sistema_de_solucion_de_controversias_del_acuerdo_de_libre_comercio_Union_Europea-Mercosur_hacia_un_nuevo_tipo_de_arbitraje>

12 Unión Europea, EU asks for formal consultations with Southern African Customs Union on trade in poultry. Disponible en: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2031>>

2.1. Herramientas de la solución de controversias

2.1.1. Consultas y mediación

Por el artículo 4 del Título XXX el procedimiento se inicia con la celebración de consultas de buena fe para llegar a una solución acordada. La solicitud es por escrito con copia al Comité de Comercio, de forma motivada en el territorio de la parte consultada. Existe un plazo de conclusión de 30 días desde la recepción, sin embargo, se prevé que las partes puedan ampliar estos plazos y consultas. Para las consultas de urgencia como las referidas a bienes perecederos u otros bienes y servicios que rápidamente pierden su calidad, los plazos se reducen a la mitad.

Las consultas son de carácter confidencial y de no llegarse a un acuerdo podrá solicitarse un panel arbitral.

Cualquier parte puede a su vez solicitar que se inicie un procedimiento de mediación y sólo puede iniciarse de mutuo acuerdo. No se dan más detalles sobre este procedimiento.

2.1.2. Arbitraje

Si fracasa el procedimiento de consultas o mediación, o es incumplido, puede solicitarse por escrito, con copia al Comité de Comercio, el inicio de un procedimiento arbitral.

La solicitud deberá ser jurídicamente motivada en el incumplimiento que se reclama y sus fundamentos presentados “con claridad”¹³.

Con respecto a las costas cada parte afrontará los gastos que se hayan derivado de su participación en el procedimiento de mediación o arbitraje, y compartirán de manera conjunta los honorarios de los árbitros y del mediador. La remuneración de los árbitros incluye todas las remuneraciones que éstos deben a sus asistentes¹⁴.

2.1.2.1. Árbitros

Conforme al artículo 7 los árbitros deberán tener conocimientos o experiencia especializados en derecho y comercio internacional. Además, los árbitros no nacionales deberán ser juristas. Para todos los casos debe estar garantizada su independencia sin que puedan seguir instrucciones de ningún gobierno, pertenecer de algún modo a ellos o a una organización gubernamental. Particularmente deben cumplir con el Código de Conducta que se incorpora como Anexo X¹⁵.

State of play - Economic Partnership Agreements. Updated december 2020. Disponible en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/september/tradoc_144912.pdf

13 Artículo 6 Título XXX.

14 Artículo 24 Título XXX.

15 GHIOTTO, Luciana, ECHAIDE, Javier. “Analysis of the agreement between the European Union and the MERCOSUR”. Berlin, Bündnis 90 / Die Grünen (Grupo parlamentario europeo

Para la conformación de los paneles arbitrales, el Comité de Comercio, en un plazo de seis meses, tendrá que elaborar una lista de 32 árbitros, doce (12) por cada bloque y ocho (8) personas acordadas por ambas partes no nacionales de los bloques que actuarán como presidentes de los paneles de arbitraje.

Los paneles estarán compuestos por tres árbitros, integrados como mínimo por un no nacional de las partes que actuará como presidente. Si no hay acuerdo sobre la designación de los árbitros interviene el Comité de Comercio con árbitros de las sub listas descriptas.

Independientemente de lo dicho, las partes pueden acordar designar árbitros que no sean de la lista mientras cumplan con los requisitos técnicos y éticos requeridos.

2.1.3. Audiencias

Por principio general las audiencias son públicas, excepto que las partes decidan lo contrario, y se realizarán total o parcialmente cerradas en función de la confidencialidad de la información que se presenta¹⁶.

Por el artículo 10, el panel de arbitraje puede solicitar opiniones de paneles de expertos, así como las informaciones que consideren pertinentes, las que no son vinculantes. Previamente el panel arbitral debe consultar a las partes antes de elegir los expertos y posteriormente la información obtenida se comunica a las partes y se somete a sus comentarios. Junto con ello las partes pueden presentar escritos de *amicus curiae*.

Esta información y asesoramiento técnico es una especie de prueba pericial¹⁷, el objetivo es que los árbitros obtengan información relevante. El Anexo II inc. 1 define a “experto” como: *“una persona con conocimiento y experiencia especializados y reconocidos en el campo en cuestión que es solicitada por un panel de arbitraje o mediador, o cuya opinión es presentada o solicitada por cualquiera de las partes”*.

2.1.4. Derecho aplicable y laudo

Respecto del derecho aplicable, el artículo 3 del Título XXX establece que será el relativo a cualquier disputa relacionada con la interpretación y aplicación de las disposiciones del Título X referente a Compraventa de Mercaderías.

Respecto de la interpretación de este artículo 3, se dispone en el artículo 11 que: *“1. El panel arbitral resolverá la disputa de acuerdo con las disposiciones mencionadas en el [artículo 3]. 2. El panel de arbitraje interpretará las disposiciones a que se refiere el artículo 3 de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público.*

“Los Verdes”), 2020, p. 113. (Estudio). Disponible en: <<https://www.annacavazzini.eu/wp-content/uploads/2020/01/Study-on-the-EU-Mercosur-agreement-09.01.2020-1.pdf> >

¹⁶ Artículo 9 Título XXX.

¹⁷ Artículo 10 Título XXX.

Recalcando luego el punto 2 del artículo 11 se dice que: “Al interpretar una obligación en virtud de este Acuerdo que es idéntica a una obligación en virtud del Acuerdo de la OMC, el panel de arbitraje tomará en consideración cualquier interpretación relevante establecida en las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC”.

Esta regla como requisito de identidad debe ser interpretada restrictivamente pero sin ser un traslado automático e idéntico a otro ámbito, es sólo una toma en consideración que no impide la generación de nuevas interpretaciones propias¹⁸.

Según el artículo 12 del Título XXX, el panel arbitral entrega en primer lugar a las partes un informe arbitral provisional dentro de los 90 días desde que fue establecido. El plazo fundamentalmente puede extenderse a 120 días o, en casos de urgencia, incluidos aquellos relacionados con bienes perecederos u otros bienes o servicios que pierden rápidamente su calidad, condición actual o valor comercial en un corto período de tiempo, que se reducen a la mitad.

El informe provisional establece las conclusiones de hecho y su justificación, con las recomendaciones y junto a las disposiciones que aplica.

Ante ello cualquiera de las partes dentro de los 14 días de recibido puede pedir al panel de arbitraje revisiones precisas de este informe provisional, ante lo cual el panel arbitral podrá modificar el mismo y realizar cualquier examen adicional que considere apropiado.

Posteriormente se emite el informe final, que es el verdadero laudo definitivo que se notifica a las partes y al Comité de Comercio en un plazo no mayor a 120 días, plazo que igual a lo dicho ut supra se reduce a la mitad en los casos de urgencia.

El laudo debe ser fundamentado en todos los puntos planteados tanto en los aspectos de hecho como de Derecho y es vinculante e inapelable. Existe solamente recurso de aclaratoria¹⁹.

El principio general para la adopción del laudo es la decisión por consenso. Si no se logra, entonces se adoptará por mayoría. No se permiten las opiniones disidentes o separadas y se exige la confidencialidad respecto de la votación si la hubiere o en relación con información que las partes consideren sensible. Descartar opiniones disidentes puede quitar transparencia al sistema y conspirar contra el enriquecimiento normativo y negociador al sistema.

El laudo es público excepto que las partes decidan omitir elementos susceptibles de confidencialidad, como se dijo.

Un aspecto a destacar, mencionado en el punto 9 del artículo 12 del Título XXX es que: *“El laudo arbitral no se interpretará en el sentido de que confiere derechos o impone obligaciones a las personas naturales o jurídicas, distintos de los previstos en la legislación interna de los países*

18 PÉREZ GABILONDO, José L. (Coord.); DELUCA, Santiago; HERRERA ALBRIEU, María Liliana; LÓPEZ BRAVO, Alfredo. op. cit.

19 Artículo 14 Título XXX.

del MERCOSUR". Ello implica que luego será el Estado el que tome o corrija medidas hacia los particulares, similar a como ocurre por ejemplo con el Sistema Interamericano de Derecho Humanos donde se condena al Estado, pero no hay medidas o condenas contra las personas.

Otro aspecto interesante del sistema es la previsión expresa de que el Estado denunciante, con el consentimiento de la demandada, puede retirar la denuncia antes del laudo²⁰.

A su vez las partes pueden llegar a un acuerdo antes del laudo lo que se notifica al panel arbitral y se da por terminado el conflicto.

Podrá ingresarse en un período de negociaciones sobre un acuerdo de las partes para lo que se permite suspender por hasta doce meses la labor del Panel Arbitral, así como reanudarla si no hay acuerdo. Si trasciende este plazo se produce la caducidad, sin perjuicio del derecho de la parte reclamante a solicitar en un momento posterior el establecimiento de un panel sobre el mismo tema.

Sobre la elección de foro debe destacarse que las partes pueden optar por someterse al sistema de Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC²¹.

2.1.5. Cumplimiento del laudo

El laudo debe cumplirse con prontitud y buena fe en un plazo razonable²² que será notificado y en caso de desacuerdo el reclamante solicitará al panel arbitral que determine un plazo concreto, que posteriormente puede ser ampliado por mutuo acuerdo de las partes.

En caso de divergencia sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento la demandada llevará el reclamo al panel arbitral que dentro de los 45 días resolverá²³.

Si se confirma el incumplimiento²⁴ sea porque no se han notificado o si el grupo especial, que es el panel, emite una resolución contraria por incompatibilidad con el laudo arbitral a solicitud de la reclamante, se puede solicitar por esta una compensación temporal.

Si esta compensación temporal no se hace efectiva o no se llega a un acuerdo de cumplimiento acorde al laudo arbitral, la parte reclamante podrá, previa notificación a la parte demandada y al Comité de Comercio, suspender concesiones u otras obligaciones como medida de retorsión.

La suspensión de concesiones u otras obligaciones contra la Parte reclamada será una medida temporal y no tendrá por objeto reemplazar el objetivo acordado de cumplimiento pleno del laudo arbitral.

Las suspensiones duran hasta que el panel arbitral lo decida o las partes

20 Artículo 13 Título XXX.

21 Artículo 21 Título XXX.

22 Artículo 15 Título XXX.

23 Artículo 17 Título XXX.

24 Artículo 18 Título XXX.

lleguen a un acuerdo. Posteriormente el artículo 19 establece un sistema de seguimiento de cumplimiento.

3. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE COMERCIO Y DESARROLLO SUSTENTABLE.

El capítulo de Comercio y Desarrollo Sustentable incorpora un mecanismo particular y distinto para la resolución de controversias. Dicho de otro modo, no se aplica para el mismo el mecanismo general de solución de disputas²⁵.

El capítulo establece un Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible, integrado por delegados de cada parte.

A su vez cada parte designará una autoridad dentro de su estructura administrativa para facilitar la comunicación y coordinación.

Sobre el procedimiento, las cuestiones que surjan sobre comercio y desarrollo sustentable se resuelven en primer lugar de forma amistosa mediante consultas para arribar a una solución mutuamente satisfactoria.

En caso de no tener éxito las partes formarán un panel de tres expertos que emitirán un informe con recomendaciones no vinculantes.

Los expertos serán uno por el Mercosur, otro de la Unión Europea y el tercero no deberá ser nacional de ningún Estado de los bloques.

El mecanismo prevé que cada parte propondrá 15 personas conformando una lista global de expertos que examinarán las controversias, junto con otros 15 no nacionales designados de común acuerdo por los dos bloques. Luego, cada parte seleccionará una sub lista de cinco personas bajo los mismos criterios.

El Panel preparará un Informe Preliminar dentro de los 90 días, y un Informe final 60 días después. Las partes pueden presentar comentarios por escrito dentro de los 45 días de acceder al Informe Preliminar, y el Panel podrá tomar en cuenta estos comentarios para modificar su informe para la versión final. El Informe Final debe ser publicado 15 días después.

Los documentos explicativos del Acuerdo proponen la participación de la sociedad civil en la resolución de estas disputas. La integración en cuanto sociedad civil conforme a lo declarado por el comisionado Phil Hogan incluirá empresarios y sindicatos²⁶. Ahora bien, por el art. 17 del Capítulo de Comercio y Desarrollo Sustentable es una participación simbólica ya que sólo el informe final se comparte con la sociedad civil, presumiblemente con

25 GHIOTTO, Luciana - ECHAIDE, Javier. "Analysis of the agreement between the European Union and the MERCOSUR". Berlin, Bündnis 90 / Die Grünen (Grupo parlamentario europeo "Los Verdes"), 2020, p. 77. Disponible en: <<https://www.annacavazzini.eu/wp-content/uploads/2020/01/Study-on-the-EU-Mercosur-agreement-09.01.2020-1.pdf>>

26 CADOGAN, Stephen. "Hogan offers reassurance on Mercosur beef worry". *Irish Examiner*, 2 August 2019, Disponible en: <<https://www.irishexaminer.com/breakingnews/farming/hogan-offersreassurance-on-mercosur-beef-worry-941515.html>>

un grupo asesor de la sociedad civil o un grupo consultivo nacional, y que podrían presentar observaciones al informe final.

4. CONTROVERSIAS SOBRE LA CONDICIÓN DEMOCRÁTICA DE SUS MIEMBROS.

Uno de los aspectos institucionales que se plantea en el Acuerdo es la necesidad democrática de sus miembros. Ambos bloques coinciden en la unificación de criterios democráticos y de participación ciudadana²⁷. Por otro lado, es una realidad que desde hace tiempo hay un creciente relacionamiento entre los Derechos Humanos y el comercio internacional²⁸.

El punto acá es determinar cómo se pondrán de acuerdo las partes acerca de la existencia de un quiebre democrático en cualquiera de los países, en particular considerando que ambos bloques ya tienen normas internas para la determinación de esta condición. ¿Se deberá dar prioridad a una calificación intra bloque que resulte inapelable? En tal caso ¿sólo si este no actúa se podría accionar esta cláusula democrática del Acuerdo? ¿O bien se procederá a dirimir esta cuestión independientemente dentro del marco del Acuerdo, sin necesidad de una declaración de los instrumentos de cada bloque que no tendrían intervención previa? Y, finalmente, ¿qué hacer si uno o más integrantes del otro bloque no están de acuerdo con la decisión sobre la existencia (o inexistencia) de democracia adoptada por los órganos internos del otro bloque?

Con un ejemplo, la situación queda aún más clara: el día de mañana existe un presunto golpe de Estado en el país X del Mercosur, ¿qué hacemos? Para el Mercosur habrá que echar a andar el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR el cual puede concluir, por ejemplo, que no hay quiebre democrático. Pero en el marco del Acuerdo Mercosur UE, nada se dice sobre cómo hay que proceder en este caso, por lo que quedan dos opciones, o bien la UE da por bueno lo que dice el Mercosur sobre el tema, y se acepta que no hubo quiebre democrático, o bien se tiene una opinión diferente y se considera que en el país X, sí hubo un quiebre democrático. En este caso se plantea un conflicto de evaluación de la situación democrática que el Acuerdo no tiene previsto cómo se soluciona,

27 EL ETER, Leandro. "Permanencia de los sistemas democráticos en los Estados miembros del MERCOSUR y de la UNIÓN EUROPEA como condición para formar parte de la integración regional". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Setiembre 2020, año 8, n° 16, p. 44-60. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/389/155246>>

28 NIEDRIST, Gerhard. "Derechos Humanos: ¿En el Comercio Internacional?". En: Rafael Enrique, Aguilera Portales (Coord.). "Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2977-nuevas-perspectivas-y-desafios-en-la-proteccion-de-los-derechos-humanos>>

porque el sistema de solución de controversias de éste sólo alcanza al capítulo comercial. Esta segunda hipótesis, de ocurrir, deja abiertos solamente los canales habituales de la diplomacia y del derecho internacional público previstos para la solución de las controversias (art 33 de la Carta de la ONU) para que se resuelva la diferencia de interpretación frente al presunto quiebre democrático en el país X del Mercosur. Es decir que debe resolverse por fuera de las disposiciones del Acuerdo en la materia.

La realidad hasta ahora parece mostrar que la UE aplica estas cláusulas sobre la necesidad de respeto por la democracia o los derechos humanos de forma unilateral e independientemente de la opinión de la contraparte, que suele ser siempre la “infractora” (nunca hasta ahora lo ha sido la UE), procediendo a suspender disposiciones del Acuerdo de que se trate cuando verifica, a su sólo juicio, la violación democrática o de derechos humanos.

Puede pensarse que en el caso del Acuerdo Mercosur- UE la situación será diferente por tratarse de un acuerdo entre bloques donde ambos tienen normas internas que protegen y exigen el régimen democrático y el respeto por los Derechos Humanos a sus miembros. En estas condiciones es dable esperar un mayor margen de consenso y menos unilateralismo a la hora de tomar decisiones basadas en esta cláusula y un cierto respeto por la opinión de los mecanismos previstos por cada bloque para determinar este tipo de violaciones.

En los hechos, como se dijo, hasta ahora la situación ha sido claramente unilateral en favor de la UE. Desde el año 1992 la Unión Europea incorpora en sus Tratados bilaterales los principios democráticos y los derechos humanos que de no ser respetados podrán derivar en la suspensión de las concesiones del tratado por parte del Parlamento Europeo a pedido del Consejo²⁹. La decisión de si la Unión Europea toma medidas con base en las cláusulas de derechos humanos es una decisión claramente política que se adopta en el más alto nivel, decisión informal acordada por los jefes de Estado y de gobierno en el Consejo Europeo. En total esta cláusula está incluida en unos 100 Tratados bilaterales y ha sido aplicada unas 10 veces con países de África el Caribe y en el Pacífico. Más recientemente la UE no la ha aplicado en casos relacionados con Rusia e Israel, lo cual refuerza la conclusión de que los motivos políticos o geoestratégicos pueden ser determinantes a la hora de tomar alguna medida basada en esta cláusula. Este riesgo de politización de las medidas unilaterales, aún adoptadas en aplicación de una disposición de un tratado, que requiere probarse, ya fue señalado en otros trabajos nuestros sobre el tema³⁰.

29 NIEDRIST, Gerhard. “Las cláusulas de Derechos Humanos en los Tratados de Libre Comercio de la Unión Europea”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 463-485. Disponible en: <<https://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v11/v11a16.pdf>>

30 PASTORI, Alejandro. “La Imposición de medidas unilaterales en Interés de la comunidad en su conjunto y la responsabilidad internacional de los Estados. Teoría y Práctica”. *Revista Derecho Público*, N°59 - 2021, 93-116. Disponible en : <<http://www.revistaderechopublico>.

5. AUSENCIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PARA LOS PARTICULARES

Hemos mencionado en la introducción la ausencia de espacio para los particulares en el sistema de solución de controversias del Acuerdo. Dentro de este aspecto interesan esencialmente las eventuales controversias que puedan surgir entre inversor y Estado. Veremos además que este aspecto es una derivación de las propias carencias al respecto dentro de cada sistema y nos detendremos en considerar también esa situación en particular.

5.1. Ausencia de solución de controversias inversor – estado en el acuerdo

Como explica Bas Vilizzio: *“El texto no incluye los tradicionales mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, bajo prórroga de jurisdicción al arbitraje internacional a tribunales ad hoc del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), de la Corte Permanente de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional o bajo reglas arbitrales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional(UNCITRAL, por sus siglas en inglés) u otros. Tampoco hay referencias al sistema de cortes de inversiones que la Unión Europea (UE) suele incluir en la negociación de sus acuerdos comerciales o, desde 2018, en un tratado separado que regule exclusivamente la materia”*³¹.

La temática nunca fue incluida en las rondas de negociaciones. Las motivaciones, en gran parte, se derivan de la divergencia de posiciones que poseen los Estados en la materia, así como lo cambiante de las mismas según los períodos de tiempo y políticas que se implementan en cada país.

El tema es que uno de los objetivos del Acuerdo es promocionar las inversiones extranjeras y eliminar sus obstáculos, por lo que, en esta materia, ante la ausencia existente, deberá acudirse a los mecanismos previstos en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) aplicables según el caso, o eventualmente a la justicia local u otros mecanismos alternativos³².

com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/163>. Fecha de acceso: 20 feb. 2022. y PASTORI, Alejandro. “La adopción y la eficacia de las medidas restrictivas en favor de la democracia o los derechos humanos adoptadas por la UE contra terceros países, individuos o entidades”, Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales. Estudio No 8/2021. Disponible en: <http://curi.org.uy/wp-content/uploads/la_adopcio_n_de_medidas_restrictivas_unilaterales_por_la_Union_Europea_pastori.pdf>

31 BAS VILIZZIO, Magdalena. “Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado”. *Documentos de Trabajo 21 / 2019 (2ª época)*. Fundación Carolina, Disponible en: <<https://www.fundacioncarolina.es/acuerdo-mercosur-union-europea-sombras-y-ausencia-de-la-solucion-de-controversias-inversor-estado/>>

32 DELUCA, Santiago y ORTIZ, Godofredo Agustín. “El arbitraje entre bloques de integración. El sistema de solución de controversias del acuerdo Mercosur – Unión Europea”. *Revista Jurídica Franco – Argentina*, N° 4, Diciembre 2020. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/347859894_El_arbitraje_entre_bloques_de_integracion_El_sistema_de_solucion_de_controversias_del_acuerdo_Mercosur_-_Union_Europea>

5.2. Situación Intra – Mercosur

Respecto del Mercosur, Brasil no forma parte de Tratados Bilaterales de Inversión y por lo tanto tampoco del sistema de arbitraje del CIADI que se constituyó a partir del Consenso de Washington³³, a contrario Argentina, Uruguay y Paraguay tienen gran cantidad de Convenios firmados³⁴.

En el caso de Brasil existe el Brazil Model Cooperation and Facilitation Agreement (ACFI-2015), que es un modelo propio de acuerdo bilateral que no prevé la instancia del CIADI. Como respuesta al modelo tradicional de Tratados Bilaterales de Inversión este modelo adopta un enfoque cooperativo, centrándose en los mutuos beneficios, pretendiendo evitar los problemas de los acuerdos tradicionales, que proteja la inversión por un lado y por el otro, que sea menos proteccionista³⁵.

El Mercosur como bloque en 1994 firmó el Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones (anexo a la decisión 11/93) que se basa en la estructura de los TBI y en lo referido a las controversias inversor – Estado se reenvía al CIADI³⁶. En 2017 se produjo un nuevo intento de regular las inversiones recíprocas, pero esta vez no se siguió el modelo de los TBI, sino el de los acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI) que como se vio Brasil negocia desde 2015, y que es el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur³⁷, el cual se encuentra vigente para Brasil, Uruguay y Argentina que ya lo tienen ratificado y depositado, no así para Paraguay que sigue en proceso para su ratificación³⁸.

5.3. Situación intra Unión – Europea

Por los motivos que sucintamente pasaremos a explicar la Unión

33 MARTÍNEZ RANGEL, Rubí Ernesto y SOTO REYES, Garmendia. “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”. *Política y Cultura*, primavera 2012, núm. 37, pp. 35 –64. Disponible en: <<https://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf>>

34 BAS VILIZZIO, Magdalena. “Solución de controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: mapa de situación en América del Sur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, Nº 5. Marzo 2015, pp. 233 - 253. Disponible en:<<https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233>>

35 VIEIRA MARTINS, José Henrique. “Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances”. *Investment Treaty News*. Junio 12, 2017. Disponible en: <<https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/>>

36 BAS VILIZZIO, Magdalena. “El Mercosur ante el arbitraje de inversiones: evolución y perspectivas”. Boletín del Observatorio de Comercio Internacional, Universidad Nacional de Luján Departamento de Ciencias Sociales, Año: 3 Edición Especial, pp. 98–108. Disponible en: https://www.academia.edu/38544496/El_Mercosur_ante_el_arbitraje_de_inversiones_evoluci%C3%B3n_y_perspectivas_2019_37

37 MERCOSUR. *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur.*, firmado en Buenos Aires el 7 de abril de 2017. Disponible en: <<https://www.mercosur.int/documento/protocolo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-intra-mercocur/>>

38 PARAGUAY. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *PROTOCOLO DE COOPERACIÓN Y FACILITACIÓN DE INVERSIONES INTRA-MERCOSUR*, Firmado en Buenos Aires el 7 de abril del 2017. Disponible en< https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=uUEOswR9wE3v91PDIXvnQ==>

Europea rechaza los tribunales arbitrales inversor – Estado. Esto tiene origen en el caso Achmea (asunto C 284/16 del Tribunal de Justicia Europeo) donde el Tribunal declaró una cláusula de arbitraje de un acuerdo internacional de inversión celebrado por los Estados miembros de la Unión Europea incompatible con el derecho de la UE. Se trataba de la cláusula de arbitraje entre una empresa holandesa y Eslovaquia, (que dejó sin efecto el libre mercado en el sector médico privado y prohibió el reparto de beneficios), que permitió un arbitraje en territorio alemán donde Eslovaquia fue condenada. Ante esto acudió al Tribunal Supremo Civil y Penal y se planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo por la compatibilidad de los Tratados Bilaterales de Inversión con el Derecho Comunitario Europeo. La respuesta el 6 de marzo de 2018 es que estos Tratados son incompatibles con el Derecho de la Unión Europea y que un tribunal arbitral no puede interpretar el Derecho Comunitario³⁹.

Un aspecto de la esencia del asunto es que el arbitraje en este caso sustrae al control judicial del TJUE. Un acuerdo bilateral no puede vulnerar los Tratados generales de la Unión Europea.

Si bien la sentencia es para el caso concreto el antecedente repercutió fuertemente en los arbitrajes bilaterales, el 15 de enero de 2019, 22 miembros de la Unión Europea firmaron una declaración que manifestaba la prevalencia del Derecho de la Unión sobre los TBI celebrados entre ellos.

Ahora bien, nada obsta a que se realicen arbitrajes extra comunitarios, como es el caso del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea⁴⁰, o que se continúe debatiendo la posibilidad de constituir una Corte Permanente de Arbitraje para dirimir controversias entre inversionista y Estado derivadas de un tratado internacional.

6. OBSTACULOS PARA LA RATIFICACIÓN DEL ACUERDO

Diferentes actores poseen incidencia a la hora de pensar en la ratificación del Acuerdo, particularmente porque se necesita de todos los parlamentos nacionales para que eso suceda.

Desde Europa el liderazgo de Alemania y su impulso resulta fundamental por su posición económica y geopolítica. Alemania es la nación más poblada

39 VILLAR EZCURRA, Marta. “Implicaciones del caso «Achmea» en asuntos fiscales: Límites al arbitraje, jurisdicción exclusiva del TJUE y Convenios de Doble Imposición Internacional”. *Quincena Fiscal 1 – 2*, Enero 2019, pp. 147–182. Disponible en: <

https://www.academia.edu/38315328/Implicaciones_del_caso_Achmea_en_asuntos_fiscales_L%C3%ADmites_al_arbitraje_jurisdicci%C3%B3n_exclusiva_del_TJUE_y_convenios_de_Doble_Imposici%C3%B3n_Internacional>

40 EUROPEAN COMMISSION. *Acuerdo Económico y Comercial Global UE-Canadá (CETA)*, Firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016. Disponible en:< https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm >

de Europa, con más de 82 millones de habitantes, y la economía más grande del continente: la quinta del mundo por paridad de poder adquisitivo⁴¹.

Ahora bien, sucede que Alemania posee diferencias esenciales sobre temas de cambio climático con Brasil, la gran potencia económica dentro del Mercosur, particularmente con la actual línea política de Bolsonaro en temas ambientales y de protección del Amazonas, lo que podría llevar a la necesidad de ampliar los compromisos del Acuerdo en esta materia⁴².

Para apoyar esta línea, a instancia de Francia se realizó el “informe Ambec” en 2020, elaborado por un grupo de especialistas de la Universidad de Toulouse en la Cátedra de Economía Ambiental que ratifica los desastres en la Amazonia⁴³. Como una salida a la cuestión ambiental se propone una previsión de asistencia técnica y transferencia de tecnología a los países del Mercosur⁴⁴.

Por otro lado, los países integrantes de la coalición agrícola y ganadera en la UE, que lidera Francia, y países como Austria, Bélgica e Irlanda, han rechazado directamente el Acuerdo. Polonia también dijo que no lo ratificará.

Desde el lado del Mercosur, la aprobación del Acuerdo está sujeta a la incertidumbre de los cambios políticos actuales. En la Argentina con su actual gobierno y sus incertezas económicas existe una línea de suspicacia respecto de los beneficios potenciales del Acuerdo⁴⁵. Muchos expertos en ese país no prevén una diversificación del sistema productivo de los países del Mercosur, con lo que para ellos el Acuerdo no sería beneficioso⁴⁶.

En Brasil, por su parte, el panorama se vuelve más incierto con la postulación nuevamente de Lula da Silva a la presidencia. En este contexto, Uruguay parece el más proclive a una ratificación una vez que el documento final esté disponible.

41 THUDIUM, Guilherme, GEIGER, Luana Margarete, CASTILLO, MarcySAPPER, Sírio. “Décadas en proceso: el Acuerdo UE-Mercosur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Marzo 2021, año 9, nº 17, p. 220-233. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/430>>

42 STUENKEL, Oliver. “Why the EU-Mercosur Deal Hinges on Germany’s Reaction to Bolsonaro”, *American Quarterly*, 9 de septiembre de 2019. Disponible en: <<https://www.americasquarterly.org/article/why-the-eu-mercosur-deal-hinges-on-germanys-reaction-to-bolsonaro/>>

43 ANDURELL, María de los Milagros. “Acuerdo Mercosur-Unión Europea: el debate de la cuestión ambiental”. Instituto Ideas. Disponible en: <<https://www.institutoideas.com.ar/acuerdo-mercosur-union-europea-el-debate-de-la-cuestion-ambiental/>>

44 ÁLVAREZ, María Victoria. “El acuerdo comercial entre el Mercosur y la Unión Europea”. *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol. 21, Nº 2, abril-junio 2021. Disponible en: <<https://revistafal.com/numeros-antiguos/fal-21-2/>>

45 CAPALDO, Jerome y OMER, Ozlem. “Malvendiendo la industrialización. Contexto y perspectivas del acuerdo Mercosur UE”. *Iniciativa global de gobernanza económica, Global Development Policy Center*, Universidad de Boston, 2021. Disponible en: <https://www.bu.edu/gdp/files/2021/06/GEGI_WP_052_SP_FIN.pdf>

46 NEGRO, Sandra (dir. – coord.). “Observatorio de implementación del Acuerdo UE MERCOSUR”. *Neswsletter Informativo*. Vol. 2 - Febrero 2021. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/institucional/observatorio-acuerdo-mercosur-ue/documentos/newsletter-oamu-002.pdf>>

Para un equilibrio institucional entre los bloques cierta doctrina propone extrapolar las instituciones supranacionales europeas al Mercosur⁴⁷, lo que más allá de cavilaciones ciertas, hoy es un planteo contra fáctico y que debe calificarse directamente de imposible.

En suma, además de los factores ambientales descritos, para los que se pide un compromiso adicional del Mercosur dentro del Acuerdo sobre la cuestión, los agricultores europeos también temen la competencia en el sector agrario, mientras que la industria de los países grandes del Mercosur está preocupada por la competencia de la Unión Europea. Ello lleva a que se quieran revisar términos de cuotas y plazos de ambos lados⁴⁸.

7. OPCIONES PARA LA RATIFICACIÓN DEL ACUERDO

Lo antedicho lleva a que la ratificación del Acuerdo Unión Europea Mercosur encuentre obstáculos que guardan relación con sus tres componentes esenciales, la cooperación, el diálogo político y el libre comercio⁴⁹.

Ya han pasado más de dos años de la firma del acuerdo. Desde junio de 2021 el texto está sometido a una adecuación jurídica y revisión técnica que no permite ser ratificado por el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales de los Estados miembro del Mercosur y de la UE, y, en esta última, en los parlamentos regionales de algunos de ellos, como es el caso de Bélgica.

Una posible salida jurídica es la “división” del Acuerdo en los aspectos que son de competencia exclusiva de la Unión Europea y los que requieren de la aprobación de los parlamentos nacionales, para que se apruebe esa primera parte (mayoritariamente la parte comercial) por mayoría calificada del Consejo y que luego lo ratifique el Parlamento Europeo junto con los Estados del Mercosur.

Las competencias exclusivas de la Unión Europea se adoptan por mayoría calificada en el Consejo en relación con su pilar comercial, pero necesita la posterior ratificación del Parlamento antes señalada y desde mediados de 2021 en el Parlamento Europeo no existe mayoría favorable al

47 BLANKSMAN, Ramiro. “Hacia una integración regional más eficiente: Los impactos en el MERCOSUR del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea y un cambio para una mejor ejecución”. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Marzo 2021, año 9, nº 17, p. 78-103. Disponible en: <<https://doi.org/10.16890/rstpr.a9.n17.p78>>

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

49 SANAHUJA, José Antonio y RODRÍGUEZ, Jorge Damián. “El acuerdo Mercosur - Unión Europea: Escenarios y opciones para la autonomía estratégica, la transformación productiva y la transición social y ecológica”. Análisis Carolina, 20/2021. Disponible en: <<https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2021/06/AC-20.2021.pdf>>

texto del Acuerdo, lo que complica este imaginativo laberinto jurídico⁵⁰.

Para la aprobación de cada Estado en un momento posterior quedarían las partes relativas al diálogo político y de cooperación, que son competencias exclusivas de ellos.

Pero naturalmente, esta solución no otorga consenso ni una deseable legitimidad democrática a la aprobación del Acuerdo, soslayando además el debate sobre los aspectos de su celebración no relacionados con lo comercial.

Como al respecto opina la doctrina: *“... dada la evolución política en varios países europeos y la creciente influencia de los partidos verdes, y también de las fuerzas nacionalistas y de extrema derecha contrarias al libre comercio en la UE, parece que ese atajo jurídico tampoco es viable. Además, ello supondría eludir el necesario debate político y social sobre las razones de fondo por las que el Acuerdo Mercosur-UE es relevante para las estrategias de desarrollo y las relaciones internacionales de ambas regiones, más allá de su evidente interés comercial”*⁵¹.

8. ENTRADA EN VIGOR DEL ACUERDO

Debe tenerse en cuenta que actualmente no se cuenta con los textos culminados y completos y que el Acuerdo al que se ha arribado hasta ahora está en período de revisiones legales, y que entre las mismas pueden estar las referidas al proceso de ratificación y de entrada en vigor.

Debe además ser traducido a todos los idiomas oficiales de la Unión Europea, tarea que lleva su tiempo.

Culminado esto, estará abierto a la firma de las Partes, incluyéndose allí eventualmente algunos aspectos adicionales que se puedan haber convenido.

Como hemos dicho a la firma le sigue la aprobación parlamentaria y ratificación. Respecto de la Unión Europea en el punto anterior hemos descripto su proceso y problemáticas.

Lo que debemos plantear aquí es la hipótesis de que no todos los países del Mercosur realicen el proceso de incorporación del Acuerdo y preguntarnos si podría darse una bilateralización del Acuerdo, es decir que entre en vigor para algunas partes del Mercosur solamente. Podría plantearse que es contrario al Tratado de Asunción que entre en vigor sin la ratificación de los cuatro miembros, por lo dispuesto en el artículo 1 referente al arancel externo común y el artículo 2 sobre reciprocidad de derechos y obligaciones como elementos esenciales de la Unión Aduanera.

La hipótesis de ratificación completa por todos los países de ambos bloques es la más natural para la entrada en vigor.

La posibilidad de bilateralización que estamos planteando es algo que no se encuentra hoy en los textos pero que podría estarlo a futuro, con

50 SANAHUJA, José Antonio y RODRÍGUEZ, Jorge Damián. op. cit. p. 13

51 SANAHUJA, José Antonio y RODRÍGUEZ, Jorge Damián. op. cit. p. 14.

consecuencias graves si ocurre para la unidad y funcionamiento del Mercosur o quizás como una muestra más de su necesidad de flexibilización en materia de acuerdos exteriores.

Tal como opina Peña: *“A pesar que el acuerdo birregional con la UE posee alcances muy diferentes, se podría eventualmente señalar que la entrada en vigencia bilateral de un acuerdo de libre comercio tiene precedentes en el Mercosur. Está incluida, por ejemplo, en el acuerdo de libre comercio entre el Mercosur e Israel, y también en el acuerdo concluido, pero aún no ratificado, entre el Mercosur y EFTA. Pero si ese mismo procedimiento se aplicara al acuerdo Mercosur-UE, de hecho ¿no se habría transformado la unión aduanera del Mercosur en una zona de libre comercio? y ¿no se habrían licuado las preferencias comerciales pactadas en el Tratado de Asunción? No es este un tema menor, tanto por sus implicancias jurídicas, como también políticas y, sobre todo, económicas”*⁵².

El comentario es pertinente, pero deja dudas acerca de si ya no se verán licuadas las preferencias comerciales pactadas en el Tratado de Asunción en los acuerdos que se mencionan donde se prevé la entrada en vigor bilateral. El futuro dirá el camino que podrá recorrer el Mercosur en este camino.

CONCLUSIONES

Puede elaborarse las siguientes conclusiones respecto de los aspectos jurídicos que hemos comentado:

1) El sistema de solución de controversias del Acuerdo Mercosur – Unión Europea es novedoso respecto de los existentes. Su forma de legitimación en el acceso al arbitraje es criticable ya que genera asimetrías entre las Partes. Nada se dice en el mismo sobre el acceso de particulares al proceso, lo cual es entendible. Faltarían precisiones sobre las funciones del Comité de Comercio. En la interpretación del Derecho aplicable la mención a las reglas de la OMC no debe ser un traslado de identidad, sino una referencia. Se percibe como una carencia que los árbitros no puedan votar en disidencia ya que descartar opiniones separadas o disidentes puede quitar transparencia al sistema y al enriquecimiento normativo y negociador al sistema.

2) La temática sobre las relaciones entre inversores y Estado nunca fue incluida en las rondas de negociaciones. Las motivaciones en gran parte son la divergencia de posiciones que poseen los Estados en la materia, en particular Brasil y la Unión Europea, que ya eran conocidas, pero también se puede percibir como una oportunidad perdida.

3) El requisito de condición democrática de las partes genera dudas

52 PEÑA, Félix. “El Acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea Pasos necesarios para concluirlo, firmarlo, ratificarlo y para su plena vigencia”. *Newsletter Sobre Relaciones Comerciales Internacionales*. Disponible en: <<http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&neagno=informes/2020-03-acuerdo-mercosur-ue-pasos-concluirlo-firmarlo-ratificarlo>>

tanto sobre su determinación como respecto de las soluciones a implementar en caso de ruptura y desacuerdo sobre la misma, dejando más preguntas que respuestas. Habrá que esperar al texto final revisado y eventuales precisiones al respecto o bien especular que todo se resolverá como hasta ahora en otros casos, es decir por decisión unilateral de la Unión Europea.

4) Respecto del proceso de ratificación existen diferencias esenciales de países de Europa con las cuestiones ambientales particularmente con Brasil. Desde Europa los reparos son por la cuestión agrícola y en el Mercosur con la apertura industrial. Seguramente se precisen aún textos complementarios y una voluntad política conteste dentro de los países que conforman ambos bloques.

5) La entrada en vigor depende de las ratificaciones y las mismas son inciertas en el panorama actual. Está la necesidad de adhesión de todos los Estados y del Parlamento Europeo. Muchas dudas se plantean frente a esto ante una eventual bilateralización por parte del Mercosur o de atajos jurídicos por parte de la Unión Europea, dado que ninguna de esas opciones se corresponde con la integridad de las motivaciones que llevaron a la firma del Acuerdo, en ninguno de los bloques.

CONFLICTO DE INTERÉS Y FINANCIAMIENTO

El autor declara no presentar ningún conflicto de interés en la elaboración del artículo y tampoco cuenta con apoyo financiero institucional en el mismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, María Victoria. “El acuerdo comercial entre el Mercosur y la Unión Europea”. *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol. 21, Nº 2, abril-junio 2021. Disponible en: <<https://revistafal.com/numeros-antteriores/fal-21-2/>>

ANDURELL, María de los Milagros. “Acuerdo Mercosur-Unión Europea: el debate de la cuestión ambiental”. Instituto Ideas. Disponible en: <<https://www.institutoideas.com.ar/acuerdo-mercosur-union-europea-el-debate-de-la-cuestion-ambiental/>>

ARREDONDO, Ricardo. “New Mercosur-EU Agreement”. *Opinio Juris*. Disponible en: <<http://opiniojuris.org/2019/07/15/new-MERCOSUR-eu-agreement/>>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado”. Documentos de Trabajo 21 / 2019 (2ª época). *Fundación Carolina*. Disponible en: <<https://www.fundacioncarolina.es/acuerdo-mercosur-union-europea-sombras-y->

ausencia-de-la-solucion-de-controversias-inversor-estado/>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “De la protección a la facilitación de inversiones: análisis particular del arbitraje de inversiones en el MERCOSUR”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 6, Nº 12, Agosto 2018, pp. 45–67. Disponible en: <<https://doi.org/10.16890/rstpr.a6.n12.p45>>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “El Mercosur ante el arbitraje de inversiones: evolución y perspectivas”. *Boletín del Observatorio de Comercio Internacional, Universidad Nacional de Luján Departamento de Ciencias Sociales*, Año: 3 Edición Especial, pp. 98–108. Disponible en: <https://www.academia.edu/38544496/El_Mercosur_ante_el_arbitraje_de_inversiones_evolu%C3%B3n_y_perspectivas_2019_>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Solución de controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: mapa de situación en América del Sur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, Nº 5. Marzo 2015, pp. 233 - 253. Disponible en:<<https://doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233>>

BLANKSMAN, Ramiro. “Hacia una integración regional más eficiente: Los impactos en el MERCOSUR del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea y un cambio para una mejor ejecución”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Marzo 2021, año 9, nº 17, p. 78-103. Disponible en: <<https://doi.org/10.16890/rstpr.a9.n17.p78>>

CADOGAN, Stephen. “Hogan offers reassurance on Mercosur beef worry”. *Irish Examiner*, 2 August 2019, Disponible en: <<https://www.irishexaminer.com/breakingnews/farming/hogan-offersreassurance-on-mercosur-beef-worry-941515.html>>

CAPALDO, Jerome; OMER, Ozlem. “Malvendiendo la industrialización. Contexto y perspectivas del acuerdo Mercosur UE”. *Iniciativa global de gobernanza económica, Global Development Policy Center, Universidad de Boston*, 2021. Disponible en: <https://www.bu.edu/gdp/files/2021/06/GEGI_WP_052_SP_FIN.pdf>

DE AZEVEDO, Belisario; DE ANGELIS, Jesica; MICHALCZEWSK, Kathia; TOSCANI, Verónica. “Acuerdo de Asociación Mercosur - Unión Europea” NOTA TÉCNICA Nº IDB-TN-01701. *Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe Sector de Integración y Comercio*. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Acuerdo_de_Asociaci%C3%B3n_Mercosur-Uni%C3%B3n_Europea.pdf>

DELUCA, Santiago; ORTIZ, Godofredo Agustín. “El arbitraje entre bloques de integración. El sistema de solución de controversias del acuerdo Mercosur – Unión Europea”. *Revista Jurídica Franco – Argentina*, Nº 4, Diciembre 2020. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/347859894_El_arbitraje_entre_bloques_de_integracion_El_sistema_de_solucion_de_controversias_del_acuerdo_Mercosur_-_Union_Europea>

EL ETER, Leandro. “Permanencia de los sistemas democráticos en los Estados miembros del MERCOSUR y de la UNIÓN EUROPEA como condición para formar parte de la integración regional”. *Revista de la Secretaría del Tribunal del Permanente de Revisión*. Setiembre 2020, año 8, nº 16, p. 44-60. Disponible en: <<https://doi.org/10.16890/rstpr.a8.n16.p44>>

EUROPEAN COMMISSION, “EU asks for formal consultations with Southern African Customs Union on trade in poultry”. Disponible en: <https://policy.trade.ec.europa.eu/news/eu-asks-formal-consultations-southern-african-customs-union-trade-poultry-2019-06-14_en>

EUROPEAN COMMISSION, State of play - Economic Partnership Agreements. Updated february 2022. Disponible en: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/september/tradoc_144912.pdf>

GHIOTTO, Luciana; ECHAIDE, Javier. “*Analysis of the agreement between the European Union and the MERCOSUR*”. Berlin, Bündnis 90 / Die Grünen (Grupo parlamentario europeo “Los Verdes”), 2020, p. 130. Disponible en: <<https://www.annacavazzini.eu/wp-content/uploads/2020/01/Study-on-the-EU-Mercosur-agreement-09.01.2020-1.pdf>>

MARTÍNEZ RANGEL, Rubí Ernesto; SOTO REYES, Garmendia. “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”. *Política y Cultura*, primavera 2012, núm. 37, pp. 35 –64. Disponible en: <<https://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf>>

MERCOSUR. Acuerdo entre Mercosur y la Unión Europea. Firmado en Bruselas, el 28 de junio de 2019. Disponible en : <<https://www.mre.gov.py/index.php/institucion/acuerdo-entre-mercosur-y-la-union-europea>>

NEGRO, Sandra (dir. – coord.). “Observatorio de implementación del Acuerdo UE MERCOSUR”. *Neswsletter Informativo*. Vol.2, febrero 2021. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/institucional/observatorio-acuerdo-mercosur-ue/documentos/newsletter-oamu-002.pdf>>

NIEDRIST, Gerhard. “Derechos Humanos: ¿En el Comercio Internacional?”. En: Rafael Enrique, Aguilera Portales (Coord.). *“Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2012. Disponible en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2977-nuevas-perspectivas-y-desafios-en-la-proteccion-de-los-derechos-humanos>>

NIEDRIST, Gerhard. “Las cláusulas de Derechos Humanos en los Tratados de Libre Comercio de la Unión Europea”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 463-485. Disponible en: <<https://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v11/v11a16.pdf>>

ORTIZ, Godofredo Agustín. “El arbitraje entre bloques de integración en el Acuerdo MERCOSUR - Unión Europea”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Mayo 2021, año 9, nº 17, pp. 104-124. Disponible en: <<https://doi.org/10.16890/rstpr.a9.n17.p104>>

ORTIZ, Godofredo Agustín. “El sistema de solución de controversias del Acuerdo de Libre Comercio Unión Europea - Mercosur: Hacia un nuevo tipo de arbitraje”. *Relações Comerciais e de Investimento entre União Europeia e América Latina, Anais do I Seminário Jean Monnet Network BRIDGE*. 15 de março de 2021, Faculdade de Direito de Lisboa. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/354204281_El_sistema_de_solucion_de_controversias_del_acuerdo_de_libre_comercio_Union_Europea-Mercosur_hacia_un_nuevo_tipo_de_arbitraje>

PASTORI, Alejandro. “La adopción y la eficacia de las medidas restrictivas en favor de la democracia o los derechos humanos adoptadas por la UE contra terceros países, individuos o entidades”, *Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales*. Estudio No 8/2021. Disponible en: <http://curi.org.uy/wp-content/uploads/la_adopcio_n_de_medidas_restrictivas_unilaterales_por_la_Union_Europea_pastori.pdf>

PASTORI, Alejandro. “La imposición de medidas unilaterales en interés de la comunidad en su conjunto y la responsabilidad internacional de los estados. Teoría y Práctica”. *Revista Derecho Público*, Nº59 - 2021, 93-116. Disponible en: <<http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/163>>.

PEÑA, Félix. “El Acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea Pasos necesarios para concluirlo, firmarlo, ratificarlo y para su plena vigencia”. *Newsletter Sobre Relaciones Comerciales Internacionales*. Disponible en: <<http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&ne>>

agno=informes/2020-03-acuerdo-mercosur-ue-pasos-concluirlo-firmarlo-ratificarlo>

PÉREZ GABILONDO, José L. (Coord.); DELUCA, Santiago; HERRERA ALBRIEU, María Liliana; LÓPEZ BRAVO, Alfredo. “Documento 4: Solución de Controversias. Panorama General”, *Observatorio del Acuerdo Unión Europea – Mercosur*. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/institucional/observatorio-acuerdo-mercosur-ue/documentos/informe-preliminar-solucion-de-diferencias.pdf>>

SANAHUJA, José Antonio; RODRÍGUEZ, Jorge Damián. “El acuerdo Mercosur - Unión Europea: Escenarios y opciones para la autonomía estratégica, la transformación productiva y la transición social y ecológica”. *Análisis Carolina*, 20/2021. Disponible en: <<https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2021/06/AC-20.2021.pdf>>

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

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

STUENKEL, Oliver. “The Trouble Ahead for Argentina-Brazil Ties”. *Americas Quaterly*, 28 de octubre de 2019. Disponible en:<<https://www.americasquarterly.org/article/the-trouble-ahead-for-argentina-brazil-ties/>>

STUENKEL, Oliver. “Why the EU-Mercosur Deal Hinges on Germany’s Reaction to Bolsonaro”. *Americas Quaterly*, 9 de septiembre de 2019. Disponible en: <<https://www.americasquarterly.org/article/why-the-eu-mercosur-deal-hinges-on-germanys-reaction-to-bolsonaro/>>

THUDIUM, Guilherme; GEIGER, Luana Margarete; CASTILLO, Marc; SAPPER, Sírio. “Décadas en proceso: el Acuerdo UE-Mercosur”. *Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión*, Marzo 2021, año 9, nº 17, p. 220-233. Disponible en:<<https://doi.org/10.16890/rstpr.a9.n17.p220>>

VIEIRA MARTINS, José Henrique. “Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances”. *Investmant Traty News*. Junio 12, 2017. Disponible en:<<https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/>>

VILLAR EZCURRA, Marta. “Implicaciones del caso «Achmea» en asuntos fiscales: Límites al arbitraje, jurisdicción exclusiva del TJUE y Convenios de Doble Imposición Internacional”. *Quincena Fiscal 1 – 2*, Enero 2019, pp. 147–182. Disponible en: <https://www.academia.edu/38315328/Implicaciones_del_caso_Achmea_en_asuntos_fiscales_L%C3%ADmites_al_arbitraje_jurisdicci%C3%B3n_exclusiva_del_TJUE_y_convenios_de_Doble_Imposici%C3%B3n_Internacional>



Legal aspects of the Mercosur – European Union agreement.

Abstract: The article will deal with the main legal aspects of the Mercosur-European Union agreement. First of all, we will mention that the Mercosur-European Union agreement has a novel dispute resolution system. It projects situations that will have to be carried out in practice that may have to be reviewed at the time of the final text. It says nothing about the access of individuals to the dispute settlement process, as well as investments in particular. Regarding the ratification process, there are essential differences between European countries on environmental issues, particularly with Brazil. The closing of the European Union Mercosur Agreement has three types of obstacles related to its components of cooperation, political dialogue and free trade. Democracy is a requirement that the parties have proposed, although the mechanisms to be implemented in case of rupture by a State party are not established.

Keywords: MERCOSUR- European Union Agreement, Settlement disputes, Economic Integration, Ratification process, Democracy.



Aspects juridiques de l'accord Mercosur – Union Européenne

Résumé : L'article traitera de certains aspects juridiques de l'accord Mercosur-Union européenne. Tout d'abord, nous mentionnerons que l'accord Mercosur-Union européenne dispose d'un nouveau système de règlement des différends. Il projette des situations qu'il faudra réaliser en pratique avec des clairs-obscurs pour les résoudre ou les revoir au moment du texte final. Il ne dit rien sur l'accès des individus au processus de règlement des différends, ainsi que sur les investissements en particulier. En ce qui concerne le processus de ratification existant, il existe des différences essentielles entre les pays européens sur les questions environnementales, en particulier avec le Brésil. La conclusion de l'accord de l'Union européenne sur le Mercosur

rencontre trois types d'obstacles qui en font ses composantes de coopération, de dialogue politique et de libre-échange. La démocratie est une exigence que les parties ont proposée, bien que les mécanismes à mettre en œuvre en cas de rupture par un État partie ne soient pas établis.

Mots-clés : Accord Mercosur – Union Européenne, Règlement des différends. Processus de ratification, Démocratie.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Alejandro Pastori Fillol. Dr. en Derecho por la Universidad de la República (UDELAR). Profesor titular Grado 5 de la cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la misma Universidad (Montevideo, Uruguay).

América indígena: um estudo comparado sobre os direitos dos povos indígenas no Mercosul e na Comunidade Andina

América indígena: un estudio comparativo respecto a los derechos de los pueblos indígenas en el Mercosur y en la Comunidad Andina

Luciane Klein Vieira* 

Lais Nardon Martins** 

*Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo - RS Brasil.

** Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Núcleo de Direitos Humanos, São Leopoldo - RS Brasil.

Resumo: O presente artigo é guiado pelo seguinte problema de pesquisa: em que medida os processos de integração do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e da Comunidade Andina (CAN) garantem e promovem os direitos dos povos indígenas? Para tanto, a pesquisa tem como objetivo geral o estudo dos direitos dos povos indígenas no MERCOSUL e na CAN. Objetivo esse que se concentra no estudo das normativas e informações prestadas pelos processos de integração analisados, discorrendo, no primeiro capítulo, sobre os direitos dos povos indígenas no MERCOSUL e, no segundo, sobre os direitos dos povos indígenas na CAN, analisando a historicidade dos blocos econômicos e os direitos de suas cidadãs e de seus cidadãos. Quanto à metodologia adotada, empregou-se os métodos de pesquisa normativo-descrito e comparativo, com as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Como resultado apresentado constatou-se que a integração andina se mostra mais avançada, pelo menos teoricamente, em termos de legislação indígena e políticas que envolvam a figura cidadã dos povos originários, muito embora não se tenha encontrado menção ao uso de idiomas indígenas como idiomas da CAN, o que sim se observa no

E-mail: lucianevieira@unisinis.br
Recibido: 13/04/2022. Aceptado: 2/09/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

MERCOSUL. Ambos os processos de integração possuem instituições próprias de representação dos povos indígenas, a exemplo da Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas (RAPIM), no MERCOSUL e do Conselho dos Povos Indígenas (CCPICAN), na CAN.

Resumen: El presente artículo es guiado por el siguiente problema de investigación: ¿en qué medida los procesos de integración del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y de la Comunidad Andina (CAN) garantizan y promueven los derechos de los pueblos indígenas? Para ello, la investigación posee como objetivo general el estudio de los derechos de los pueblos indígenas en el MERCOSUR y en la CAN. Ese objetivo está delimitado por el análisis de las normativas e informaciones prestadas por los procesos de integración referidos, abordando, en el primer capítulo, los derechos de los pueblos indígenas en el MERCOSUR y, en el segundo, los derechos de los pueblos indígenas en la CAN, analizando la historicidad de los bloques económicos y los derechos de sus ciudadanos y ciudadanas. Respecto a la metodología, fueron utilizados los métodos de investigación normativo-descriptivo y comparativo, siendo las técnicas de investigación de cuño bibliográfico y documental. Como resultado presentado se constató que la integración andina se muestra más avanzada, por lo menos teóricamente, en términos de legislación indígena y políticas que involucren a la figura ciudadana de los pueblos originarios, aunque no se haya encontrado mención al uso de idiomas indígenas como idiomas de la CAN, lo que sí se observa en el MERCOSUR. Ambos los procesos de integración poseen instituciones propias de representación de los pueblos indígenas, a ejemplo de la Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas (RAPIM), en el MERCOSUR, y del Consejo de los Pueblos Indígenas (CCPICAN), en la CAN.

Palavras-chave: Povos indígenas; Direitos indígenas; MERCOSUL; CAN.

Palabras-clave: Pueblos indígenas, Derechos indígenas, MERCOSUR, CAN.

1. INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, a fim de corroborar a importância do tema a ser abordado neste estudo, que diz respeito aos direitos dos povos indígenas nos processos de integração regional do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e da Comunidade Andina (CAN), faz-se necessária uma contextualização histórica sobre tais povos e um entendimento de fato de quem são esses povos. Assim, conforme explica Bonfil-Batalla:

A categoria de índio designa o setor colonizado e faz uma referência necessária à relação colonial. O índio surge com o estabelecimento da ordem colonial europeia na América; antes não havia índios,

mas povos diversos com identidades próprias. O índio é criado pelo europeu, porque toda situação colonial exige a definição global do colonizado como diferente e inferior (de uma perspectiva global: racial, cultural, intelectual, religioso etc.); com base nessa categorização do índio, o colonizador racionaliza e justifica a dominação e a assunção de privilégios (a conquista transforma-se, ideologicamente, em empresa redentora e civilizadora)¹.

Partindo dessa matriz colonial, que marginaliza social, política, econômica e legalmente os povos indígenas, urge o questionamento: em que medida os processos de integração do MERCOSUL e da CAN garantem e promovem os direitos dos povos indígenas?

A hipótese que se formula, para responder ao problema de pesquisa apresentado, é a de que os povos indígenas mercosulinos e dos países andinos possuem direitos que são promovidos pelos respectivos processos de integração, através de iniciativas e de instituições próprias de representação dos povos originários.

A partir do exposto, pretende-se, como objetivo geral, identificar os direitos dos povos indígenas no âmbito do MERCOSUL e da CAN. Para isso, a pesquisa que se apresenta analisa em primeiro lugar, cada bloco, passando pelos direitos de suas cidadãs e de seus cidadãos, até chegar, especificamente, aos direitos garantidos aos povos indígenas. Os métodos de pesquisa são o normativo-descrito e o comparativo, e as técnicas de pesquisa são a bibliográfica e documental.

2. O MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL)

O processo de integração regional denominado Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) nasce a partir da criação do Tratado de Assunção, assinado no Paraguai, em 26 março de 1991². A integração do MERCOSUL foi inicialmente estabelecida entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai, sendo que em 2012 ocorreu uma ampliação nos Estados partícipes, quando operacionalizou-se a entrada da Venezuela, que atualmente encontra-se

1 No original: "La categoría de indio designa al sector colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial. El indio surge con el establecimiento del orden colonial europeo en América; antes no hay indios, sino pueblos diversos con sus identidades propias. Al indio lo crea el europeo, porque toda situación colonial exige la definición global del colonizado como diferente e inferior (desde una perspectiva global: racial, cultural, intelectual, religiosa, etc.); en base a esa categorización de indio, el colonizador racionaliza y justifica la dominación y suposición de privilegio (la conquista se transforma, ideológicamente, en empresa redentora y civilizadora)". BONFIL-BATALLA, Guillermo. *Utopía y Revolución: El pensamiento Político de los Indios en América latina: Etno-desarrollo e Etnocidio*. México: Nueva Imagen, 1981. p. 19 (tradução nossa).

2 MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). Tratado de Assunção: Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Assinado na cidade de Assunção, no dia 26 março de 1991. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/documentos-e-normativa/textos-fundacionais/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

suspensa de todos os direitos e obrigações inerentes à sua condição de Estado Parte do MERCOSUL, por ruptura do compromisso democrático, em cumprimento ao estabelecido no Protocolo de Ushuaia. Igualmente, cabe destacar que desde 2015 a Bolívia, atual Estado Associado ao MERCOSUL, encontra-se em processo de adesão ao bloco, faltando somente a ratificação do respectivo Protocolo de Adesão por parte do Brasil para que se opere o seu ingresso definitivo³.

Desde já, faz-se importante mencionar as raízes históricas que antecedem a criação do MERCOSUL, a fim de se possibilitar uma melhor compreensão sobre os alcances e objetivos do bloco. Sendo assim, de acordo com Vieira e Arruda,

A América Latina, contexto em que, contemporaneamente, se desenvolve o MERCOSUL, foi palco de uma história marcada por profundas desigualdades, pela colonização ibérica e por ditaduras militares. Somente após a redemocratização da região, nas últimas décadas do século XX, se revigorou a vontade política voltada à integração, alinhada às perspectivas de benefícios mútuos e de maior inserção na ordem global⁴.

Frente a isso, por mais que o MERCOSUL tenha como objetivo a conformação de um mercado comum, na prática se observa a existência de uma união aduaneira imperfeita⁵, passo anterior à integração econômica buscada, uma vez que não se encontram consolidadas a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais⁶.

Entretanto, além das quatro liberdades de circulação referidas anteriormente, constituem objetivos do MERCOSUL, presentes no Tratado de

3 MERCADO COMUM DO SUL. *Protocolo de Adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia al MERCOSUR*. Assinado na cidade de Brasília, no dia 17 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=wPEBvbgLt4cMYaxJfUrS/w>. Acesso em: 09 abr. 2022.

4 VIEIRA, Luciane Klein; ARRUDA, Elisa. “A relação entre o grau de integração econômica e o sistema de solução de controvérsias: um estudo comparativo entre a União Europeia e o Mercosul”. “The relationship between the degree of economic integration and the dispute settlement system: a comparison study between the European Union and Mercosur”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, 2018, vol 15, nº 2, p. 285-306, p. 289. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5160/3754>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

5 Com relação à união aduaneira, cabe esclarecer que o MERCOSUL possui a tarifa externa comum, denominada Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM), destinada a harmonizar a classificação tarifária dos produtos externos ao MERCOSUL, característica essencial do tipo econômico em destaque. Não obstante, a sua completa efetivação é barrada pela existência de Listas de Exceções, que país-membro estabelece aos seus produtos, a cada seis meses, o que dificulta a consolidação da etapa referida. Além disso, o Código Aduaneiro do MERCOSUL, aprovado em 2010, ainda está pendente da internalização por parte do Paraguai e do Uruguai. MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). *Código Aduaneiro do MERCOSUL*. Assinado na cidade de San Juan, Argentina no dia 2 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://normas.mercosur.int/public/normativas/2111>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

6 VIEIRA, Luciane Klein; ARRUDA, Elisa. Op. cit., p. 289.

Assunção, a adoção de uma política externa comercial comum; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes, para garantir condições adequadas de concorrência entre os Estados; e, a fim de fortalecer o processo de integração, o compromisso dos Estados Partes em harmonizar suas legislações⁷.

Com relação especificamente à harmonização da legislação dos Estados Partes do MERCOSUL, vez que o processo de integração é estruturado por meio da intergovernamentalidade, cumpre salientar que estes mantêm intactas suas soberanias, e, portanto, a produção normativa do bloco, fruto da aproximação das legislações nacionais, deverá ser posteriormente internalizada em cada Estado Parte, para que possa surtir efeitos⁸.

Ultrapassadas essas questões, pode-se ainda referir que o funcionamento do MERCOSUL se dá através da tomada de decisões por meio da atuação dos seus órgãos com capacidade decisória, a saber: o Conselho do Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio (CCM), órgãos que criam o direito do bloco. Por outro lado, também existem órgãos permanentes encarregados de implementar as políticas públicas regionais, quais sejam: o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH), o Instituto Social do MERCOSUL (ISM) e o Parlamento do MERCOSUL (PARLASUL). Por fim, destaca-se a Secretaria do MERCOSUL (SM), órgão técnico e administrativo do bloco, e o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), instância máxima no sistema de resolução de controvérsias⁹.

Destarte, para o estudo aqui desenvolvido, daremos destaque para o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH), o qual possui um órgão específico que se ocupa dos povos indígenas, como se verá ao longo deste artigo. Não obstante, para iniciarmos a análise a respeito dos direitos dos povos originários resguardados no âmbito integrado do MERCOSUL, começaremos com o estudo da Cartilha da Cidadania do MERCOSUL e do Estatuto da Cidadania, este último aprovado em 26 de março de 2021, por ocasião da celebração dos 30 anos do bloco.

2.1. Os instrumentos promotores da cidadania no MERCOSUL: a Cartilha da Cidadania e o Estatuto da Cidadania

De acordo com o sítio oficial do MERCOSUL, a população do sistema de integração ultrapassa os 295.007.000 (duzentos e noventa e cinco milhões e sete mil) de pessoas, sendo que cada País que integra o bloco possui uma variedade de povos e culturas¹⁰. No mesmo portal, encontra-se uma seção especial, que disponibiliza a Cartilha da Cidadania do MERCOSUL, que nada

⁷ MERCOSUL. *Objetivos do MERCOSUL*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/objetivos-do-mercosul/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

⁸ VIEIRA, Luciane Klein; ARRUDA, Elisa. Op. cit., p. 289.

⁹ MERCOSUL. *Funcionamento*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/funcionamento-do-mercosul/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

¹⁰ MERCOSUL. *O que é o MERCOSUL?* Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/em-poucas-palavras/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

mais é do que a compilação de normas vigentes, produzidas pelo bloco, relacionadas com o cidadão e a cidadã do MERCOSUL¹¹.

A Cartilha abrange expressamente os direitos de residir, trabalhar, estudar e viajar das cidadãs e dos cidadãos do MERCOSUL, constituindo-se num compêndio de normas sobre circulação de pessoas e bens, trabalho e seguridade social, educação, defesa do consumidor, apoio à produção e ao comércio, correspondência e encomendas, cooperação Consular e jurídica, Direitos Humanos, integração cultural, aspectos sanitários e de saúde, dimensão social e um setor descrito como temas diversos, onde encontra-se inserida a temática da incorporação do Guarani como idioma do MERCOSUL¹²¹³.

A fim de corroborar os direitos referidos, em 26 de março de 2021, foi publicado o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, em cumprimento ao mandamento contido na Decisão nº 64/2010, que reúne num único instrumento os direitos e garantias das cidadãs e dos cidadãos do MERCOSUL, abordando os temas igualmente previstos na Cartilha¹⁴. Embora os povos indígenas não possuam uma categoria própria de representação de direitos na Cartilha e tampouco no Estatuto da Cidadania, no sítio oficial do MERCOSUL podemos constatar que os povos indígenas encontram alguma representação quando da promoção e proteção dos Direitos Humanos, em conjunto com o exposto reconhecimento do Guarani, língua indígena, como uma das línguas do MERCOSUL.

2.2. Os direitos dos povos indígenas no MERCOSUL

Com relação aos direitos dos povos indígenas no MERCOSUL, primeiramente cabe trazer uma das diretrizes nas quais se firma o Tratado de Assunção, gênese do MERCOSUL, que afirma ser a integração uma condição fundamental para que os Estados acelerem seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social¹⁵. Dessa forma, sinaliza-se que o desenvolvimento econômico que os Estados Partes do MERCOSUL pretendem buscar alinha-se com as questões sociais, sobretudo com a busca por justiça social.

11 MERCOSUL. *Cartilha da cidadania do Mercosul*. Disponível em: <<http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/website/pt>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

12 Idem.

13 MERCOSUL. *Temas diversos*. Disponível em: <<http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/categs/pt/29>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

14 Para mais detalhes sobre a construção do Estatuto e os direitos e garantias nele contidos, ver: VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. "O Estatuto da Cidadania do MERCOSUL e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: uma análise comparativa sobre o avanço da cidadania regional". *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, 2021/2022, nº 27, p. 105-125. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/577/372>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

15 MERCOSUL. *Tratado de Assunção: Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai*. Op. cit. [em linha]

Para tanto, no intuito de busca da justiça social, a primeira medida que pode ser estabelecida é o reconhecimento expresso dos povos originários habitantes dos países que integram o MERCOSUL. Ao considerar a diversidade de povos indígenas presentes no MERCOSUL, uma das medidas adotadas foi a incorporação do idioma indígena Guarani¹⁶ como uma das línguas do MERCOSUL, através da Decisão nº 35/2006, de 15 de dezembro de 2006¹⁷.

Não obstante, mesmo que o Guarani seja um dos idiomas oficiais do Paraguai, e que tê-lo como um dos idiomas oficiais do MERCOSUL representaria “[...] um ato de estrita justiça histórica e de equidade social e cultural do bloco”, conforme um dos considerandos presentes na Decisão nº 35/2006¹⁸, Sanabria¹⁹ esclarece que se trata de um dos idiomas do MERCOSUL, mas que os idiomas oficiais de trabalho do bloco são o português e o espanhol, conforme os arts. 1 e 2 da Decisão em referência²⁰.

Sobre o tema, é interessante referir que houve uma iniciativa, em 2014, capitaneada pelo Parlamento do MERCOSUL, de reconhecimento do Guarani como língua oficial de trabalho, conforme relata Raphael Carvalho de Vasconcelos:

Em março de 2014 foi celebrado convênio entre o legislativo regional e a Secretaria de Políticas Linguísticas do Paraguai para a seleção de tradutores de guarani a serem contratados pelo órgão. A seleção ocorreu e os primeiros dois tradutores foram admitidos. Trata-se de iniciativa pontual de um órgão do MERCOSUL, mas essa tem simbologia importante por ter sido adotada pelo braço legislativo da organização²¹.

Pese ao exposto, até os dias atuais, o Guarani não foi elevado à categoria de idioma oficial da organização internacional em referência, mas é

16 “Afirma-se, frequentemente e de maneira equivocada, que o ponto 8 da ata 02/95 da segunda Reunião Especializada de Cultura realizada no dia 02 de agosto de 1995 teria elevado a língua ao status de idioma oficial do MERCOSUL. Além de constituir interpretação incorreta dos fatos e da estrutura normativa do MERCOSUL, esse tipo de afirmação acaba enfraquecendo os esforços para transformar o guarani em língua de trabalho da organização. Ao sustentar o alcance de algum status relevante por meio da referida ata, permite-se – como argumento contrário ao pleito de oficialização – que se assevere já ser esse um objetivo alcançado. O que seria mera falácia.” VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “El Guaraní y el MERCOSUR: una cuestión de derechos humanos / Guarani ha MERCOSUR: yvypóra tekombá’ete’e momba’eguasú”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, 2015, ano 3, vol 6, p. 15-18, p. 16.*

17 CONSELHO DO MERCADO COMUM (CMC). *Decisão nº 35/2006: Incorporação do Guarani como idioma do MERCOSUL*. XXI Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizado em Brasília, Brasil, em 15 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/oldAssets/uploads/DEC_0352006_PT_Idioma%20Guarani.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

18 Idem.

19 SANABRIA, Lino Trinidad. “El Guaraní en el MERCOSUR”. *Tribunal Permanente de Revisión, Assunção, Paraguai, 29 nov. 2014*. Disponível em: <https://www.tprmercosur.org/pt/activ/2014_trinidad_gn_mercosur.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

20 Idem.

21 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 18.

necessário registrar que o seu reconhecimento como idioma do MERCOSUL representa não só um avanço para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, como também a efetivação do direito à língua como um direito humano.

Feitas tais ponderações, e retomando a temática da justiça social, torna-se evidente que medidas de promoção e proteção de Direitos Humanos (e, aqui, dos povos originários) necessitam ser implementadas para gerar eficácia. Sobre essas medidas, no âmbito do MERCOSUL, através da Decisão nº 14/2009, por uma proposta da Reunião de Altas Autoridades em Direitos Humanos (RAADH), na cidade de Assunção, no Paraguai, em 24 de julho de 2009, foi criado o Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos (IPPDH)²². Dentre os principais objetivos do Instituto, os quais se relacionam com as questões indígenas, podemos identificar o fortalecimento dos mecanismos e espaços de diálogo e participação para a geração de consensos e acordos para a gestão pública em direitos humanos; e, o impulsionamento da cultura e da promoção de direitos humanos dentro da integração regional²³.

Destarte, encontra-se também, no âmbito do MERCOSUL, a Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas (RAPIM), a qual foi criada pela Decisão nº 14/2014, em 28 de julho de 2014²⁴. Embora a RAPIM tenha sido constituída após aproximadamente 22 (vinte e dois) anos após a assinatura do Tratado de Assunção, tal órgão, que é auxiliar do CMC, nasce da relevância histórica e cultural que os povos indígenas possuem para os Estados Partes do MERCOSUL; na relação de preservação e harmonia que os povos indígenas mantêm com o meio ambiente e natureza; do fato de que temas relacionados aos povos indígenas contribuem para o fortalecimento dos pilares sociais, culturais, econômicos e políticos da integração do MERCOSUL; que uma das estratégias do MERCOSUL é a obrigação de garantir os Direitos Humanos, a assistência humanitária e a igualdade étnica, racial e de gênero. Portanto, a fim de promover a participação dos povos indígenas no MERCOSUL, surge a necessidade de haver uma estrutura institucional para o encontro dos povos originários²⁵.

Assim, a RAPIM tem como função a coordenação de discussões, políticas e iniciativas para o benefício dos povos indígenas dos Estados Partes

22 CONSELHO DO MERCADO COMUM (CMC). *Decisão nº 14/2009*: Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos. Realizada em Assunção, Paraguai, em 24 de julho de 2009. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/ptbr/documento/criacao-do-instituto-de-politicas-publicas-em-direitos-humanos-ippdh/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

23 INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS (IPPDH). *Missão, Visão e Objetivos*. Buenos Aires, Argentina. Disponível em: <<https://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/missao-visao-e-objetivos/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

24 CONSELHO DO MERCADO COMUM (CMC). *Decisão nº 14/2014*: Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas. XLVI Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizado em Caracas, Venezuela, em 28 de julho de 2014. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/54083_DEC_0142014_PT_Reuni%C3%A3o%20Aut%20Povos%20Indig.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

25 Idem.

do MERCOSUL, com a promoção da interconexão cultural, social, econômica, política e institucional dentro da integração regional, conforme o art. 2º da Decisão nº 14/2014²⁶. Outrossim, o art. 3º da referida Decisão estabelece que o funcionamento da RAPIM é coordenado por representantes governamentais a serem designados por cada um dos Membros do MERCOSUL, sendo que as respectivas Seções Nacionais contarão com a participação dos povos indígenas²⁷.

2.2.1. Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas (RAPIM)

Desde 2014, quando foi criada a RAPIM, encontram-se registros de encontros anuais (2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 e 2021), até a presente data, inclusive durante o período pandêmico²⁸.

A I Reunião Preparatória da Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas do MERCOSUL foi realizada na Cidade de Buenos Aires, na Argentina, nos dias 4 e 5 de novembro de 2014, a qual contou com autoridades dos cinco países integrantes do MERCOSUL²⁹. Durante a I Reunião Preparatória foi apresentada uma proposta de elaboração de Plano de Trabalho de Ação Bianual, para vigorar nos anos de 2015 e 2016/17, o qual contava com os seguintes eixos temáticos: 1) acesso, gozo e exercício pleno dos Direitos Humanos individuais e coletivos (sociais, coletivos econômicos e culturais); 2) participação indígena; 3) construção de consensos regionais perante Foros Internacionais sobre o tema indígena; 4) cultura e saberes ancestrais dos povos indígenas; 5) práticas e produtos tradicionais sustentáveis; e, 6) fortalecimento institucional do MERCOSUL indígena³⁰. Reforça-se que cada um dos seis eixos temáticos que foram propostos possuía objetivos e ações de implementação para a elaboração do Plano de Ação.

No mês seguinte, em 5 de dezembro 2014, também em Buenos Aires, foi realizada a I Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas do MERCOSUL. As delegações estabeleceram os seguintes temas prioritários: acesso à terra, saúde, educação, documentação, direitos e comunidades e povos em zonas fronteiriças³¹.

26 Idem.

27 Idem.

28 MERCOSUL. *Reuniões / Documentos Oficiais* Lista de reuniões e documentos oficiais dos órgãos e foros do MERCOSUL. Reuniones del órgano/foro: (RAPIM) Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas. Disponível em: <<https://documentos.mercosur.int/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

29 MERCOSUL. RAPIM. *I Reunión preparatoria de la Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 01/14. Buenos Aires, Argentina, 4 e 5 de nov. de 2014. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/56032_RAPIM_2014_ACTA01_ES.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

30 Idem.

31 MERCOSUL. RAPIM. *I Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 01/14. Buenos Aires, Argentina, 5 de dez. de 2014. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/83469_RAPIM_2014_ACTA01_ES.pdf>. Acesso em: 09

Em 2015, aconteceram quatro reuniões da RAPIM (Atas 1/2015, 2/2015, 3/2015 e 4/2015), as quais abordaram as temáticas do Plano de Ação e ações adicionais, destacando-se a temática do Registro Civil Indígena, a Educação Intercultural e as interações da RAPIM com outros fóruns especializados do MERCOSUL e internacionais sobre os Direitos dos povos indígenas³². Já em 2016 ocorreram duas reuniões, em 14 e 15 de junho de 2016³³, oportunidade em que o Brasil apresentou um projeto para proteção das línguas indígenas ameaçadas³⁴.

A V Reunião ordinária da RAPIM ocorreu em 29 de maio de 2017, em Buenos Aires. As delegações abordaram diversos eixos do plano de trabalho 2015-2017, e uma das propostas foi a implementação da Convenção da Organização de Estados Americanos sobre os direitos dos povos indígenas no âmbito do MERCOSUL³⁵. No mesmo ano, também ocorreu a VI Reunião da RAPIM, em Brasília, em que: i) a Argentina trouxe as políticas e ações orientadas aos povos indígenas em nível nacional; ii) a Bolívia deu a conhecer o documento “Bolívia y el Proceso de cambio a favor de las 36 Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos del Estado Plurinacional”; iii) o Brasil novamente apresentou o projeto sobre proteção de línguas indígenas ameaçadas e um relatório sobre a Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial em Terras Indígenas (PNGATI); e, por fim, iv) o Chile apresentou a “Consulta Constituyente Indígena y Aplicación del Convenio 169 OIT en Chile”³⁶.

Em 14 de junho de 2018, houve a VII Reunião da RAPIM, na qual os Estados Partes e Associados trabalharam no desenvolvimento do grupo de trabalho para o acompanhamento do projeto de declaração sobre registro civil de nascimento de indígenas do MERCOSUL, com destaque para o fortalecimento da participação dos povos indígenas e da sociedade civil. Também se deu ênfase aos procedimentos de consulta prévia e experiências nacionais na busca de reparação de reivindicações indígenas dos Estados Partes do MERCOSUL,³⁷ esforços que foram seguidos na reunião seguinte

abr. 2022.

32 MERCOSUL. *Reuniões / Documentos Oficiais* Lista de reuniões e documentos oficiais dos órgãos e foros do MERCOSUL. Reuniones del órgano/foro: (RAPIM) Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas. Op. cit.

33 Idem.

34 MERCOSUL. RAPIM. *IV Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 01/16. Montevideu, Uruguai, 16 de jun. de 2016. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/62250_RAPIM_2016_ACTA01-Prep_ES.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

35 MERCOSUL. RAPIM. *V Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 01/17. Buenos Aires, Argentina, 29 de maio de 2017. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/65776_RAPIM_2017_ACTA01_ES.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

36 MERCOSUL. RAPIM. *VI Reunión de Autoridades sobre Povos Indígenas do Mercosul*. Ata nº 02/17. Brasília, Brasil, 01 de dez. de 2017. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/67107_ATTUTA6.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.

37 MERCOSUL. RAPIM. *VII Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas Del Mercosur*. Ata nº 01/18. Assunção, Paraguai, 14 de jun. de 2018. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/67107_ATTUTA6.pdf>.

(VIII Reunião, realizada em Montevideu, em 18 de outubro de 2018)³⁸ e nas quatro reuniões realizadas em 2019³⁹.

Destaca-se que a X Reunião da RAPIM, realizada em Brasília, aprovou por unanimidade a Declaração sobre Registro Civil de Nascimento Indígena, no intuito de simplificar os procedimentos, protocolos, e documentos necessários à livre circulação dos indígenas que habitam o território dos Estados Partes e Associados do MERCOSUL, na intenção de fomentar o desenvolvimento de políticas públicas e ações nacionais para o acesso universal à documentação por meio da implementação de sistemas seguros e integrados de registro civil⁴⁰. Nesse sentido, a aprovação unânime da referida Declaração esboça um esforço comum em legitimar e garantir o direito à cidadania dos povos indígenas, no âmbito do MERCOSUL.

Em virtude da pandemia de COVID-19, a partir de 2020, na XI Reunião da RAPIM, além das pautas trazidas anteriormente e da construção de uma agenda futura, os Estados Partes trocaram experiências sobre ações de proteção aos povos indígenas na luta contra a pandemia de COVID-19⁴¹. Na XII Reunião, realizada em 04 de novembro de 2020, foram discutidos os avanços e boas práticas desenvolvidas na área dos direitos dos povos indígenas e se deu sequência à redação de acordos para a elaboração de um plano de trabalho bienal 2021-2022, entre os Estados Partes e Associados do MERCOSUL⁴².

Por fim, cabe destacar que mesmo durante a pandemia, as reuniões da RAPIM não foram interrompidas. Na XIII Reunião, os Estados discutiram o panorama e as perspectivas do impacto diferencial da pandemia de COVID-19 nas comunidades e povos indígenas. Aliado à implementação da

mercosur.int/simfiles/docreuniones/69243_RAPIM_2018_ACTA01_ES.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

38 MERCOSUL. RAPIM. *VIII Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas Del Mercosur*. Ata nº 02/18. Montevideu, Uruguai, 18 de out. de 2018. Disponível em: <<https://documentos.mercosur.int/public/reuniones/doc/6776>>. Acesso em: 21 mar. 2022.

39 MERCOSUL. *Reuniões / Documentos Oficiais*. Lista de reuniões e documentos oficiais dos órgãos e foros do MERCOSUL. Op.cit.[em linha].

40 MERCOSUL. RAPIM. *X Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas do Mercosul – RAPIM*. Declaração sobre Registro Civil de Nascimento para Indígenas no Mercosul. Brasília, 14 de novembro de 2019. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/76872_RAPIM_2019_ACTA02_ANE05_PT_Declaracion%20Registro%20Civil%20de%20Nacimiento%20para%20Ind%C3%ADgenas.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

41 INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS (IPPDH). *Se realizó la XI Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas (RAPIM) en el marco de las reuniones del MERCOSUR*. Buenos Aires, Argentina, 2020. Disponível em: <<https://www.ippdh.mercosur.int/se-realizo-la-xi-reunion-de-autoridades-sobre-pueblos-indigenas-rapim-en-el-marco-de-las-reuniones-del-mercosur/>>. Acesso em: 09 abril 2022.

42 INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS (IPPDH). *Diálogo, acuerdos e intercambio de buenas prácticas en la XII Reunión de Ministros y Altas Autoridades sobre Pueblos Indígenas (RAPIM)*. Buenos Aires, Argentina, 2020. Disponível em: <<https://www.ippdh.mercosur.int/dialogo-acuerdos-e-intercambio-de-buenas-practicas-en-la-xii-reunion-de-ministros-y-altas-autoridades-sobre-pueblos-indigenas-rapim/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

Declaração sobre Registro Civil de Nascimento Indígena foram abordadas perspectivas das políticas públicas sobre plurinacionalidade/pluralidade e diversidade étnica, multiculturalismo e interculturalidade e a situação dos povos indígenas que não possuem documentação, com ênfase em políticas voltadas à identificação e registro⁴³. Tais pautas seguiram sendo apresentadas, tanto com relação ao impacto sobre as comunidades e os povos indígenas em decorrência da COVID-19 quanto no tocante a informações sobre o acesso à documentação civil básica⁴⁴.

3. COMUNIDADE ANDINA (CAN)

O processo de integração andino nasce com a assinatura do Acordo de Cartagena, em 26 de maio de 1969, denominado Tratado Constitutivo do Pacto Andino. Posteriormente, passou a ser designado Comunidade Andina⁴⁵ após as reformas introduzidas pelo Protocolo de Trujillo, assinado em 10 de março de 1996⁴⁶.

Quando da conformação inicial, também faziam parte do processo de integração o Chile e a Venezuela. Entretanto, o Chile, em 1973, com a subida ao poder do General Augusto Pinochet, retirou-se, e a Venezuela, por sua vez, denunciou o tratado constitutivo, em 2006, para tornar-se Estado Parte do MERCOSUL⁴⁷. Atualmente, o processo de integração andino está constituído por quatro Estados Membros: Bolívia, Colômbia, Equador e Peru. Também constam como Estados Associados a Argentina, o Brasil, o Chile, o Paraguai e o Uruguai, bem como, são países observadores a Espanha e o Marrocos⁴⁸.

No que concerne ao sistema institucional da CAN, Bressan e Luciano⁴⁹ destacam que, em que pese as mudanças trazidas pelo Protocolo de Trujillo e as influências da integração europeia, o processo de integração, formalmente, adota um modelo de governança supranacional, mas na prática a integração andina se aproxima mais de um modelo intergovernamental, pautado no

43 INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS (IPPDH). *Se realizó la XIII Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas (RAPIM)*. Buenos Aires, Argentina, 2021. Disponível em: <<https://www.ippdh.mercosur.int/se-realizo-la-xiii-reunion-de-autoridades-sobre-pueblos-indigenas-rapim/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

44 MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *XIV Reunião Ordinária de Autoridades sobre Povos Indígenas do Mercosul – RAPIM*. Ata nº 02/21. Brasília, Brasil, 09 de dez. de 2021. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/87509_RAPIM_2021_ACTA02_PT.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

45 COMUNIDAD ANDINA (CAN). *Somos Comunidad Andina*. Disponível em: <<<https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/2018720125527BROCHURE%20CAN.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2022.>

46 COMUNIDAD ANDINA. *Símbolos de la CAN*. Disponível em: <<https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/simbolos-de-la-can/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

47 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Pacto Andino*. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/historico/blocoeconomicos.html/pactoandino.html>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

48 COMUNIDAD ANDINA. *Somos Comunidad Andina*. Op. cit. [em linha].

49 BRESSAN, Regiane Nitsch; LUCIANO, Bruno Theodoro. “A Comunidade Andina no século XXI: entre bolivarianos e a Aliança do Pacífico”. *Revista do Sociologia e Política*. Curitiba, março 2018, vol 26, nº 65, p. 62-80, p. 66. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v26n65/0104-4478-rsocp-26-65-0062.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

consenso entre os Estados. Ou seja,

Portanto, embora tenha havido um esforço na criação de instâncias supranacionais dentro da CAN, assumindo a necessidade das mesmas para o sucesso do processo de integração, não houve, por parte dos Estados-membros, um compromisso em compartilhar a capacidade decisória com as instituições andinas criadas, relativizando a soberania estatal⁵⁰.

Por outro lado, os objetivos da CAN consistem na: (i) promoção do desenvolvimento equilibrado e harmonioso dos Países Membros em condições de equidade, por meio da integração e da cooperação econômica e social; (ii) aceleração do crescimento e na geração de empregos produtivos para os habitantes dos Países Membros; (iii) facilitação da participação dos Países Membros no processo de integração regional, com vistas à formação gradativa de um mercado comum latino-americano; (iv) redução da vulnerabilidade externa e melhoria da posição dos Países Membros no contexto econômico internacional; (v) busca do fortalecimento da solidariedade sub-regional e da redução das diferenças de desenvolvimento existentes entre os Países Membros; e, (VI) melhoria persistente no padrão de vida dos habitantes da sub-região andina⁵¹.

No Acordo de Cartagena e no Protocolo de Trujillo estão estabelecidos os objetivos da integração andina, juntamente com seu sistema institucional e com os mecanismos e políticas que devem ser desenvolvidos pelos órgãos da comunidade. A partir destes instrumentos, a CAN é erigida como sendo uma organização internacional constituída de vários órgãos e instituições que integram o Sistema Andino de Integração (SAI), que, por sua vez, projeta uma integração sul-americana e latino-americana, objetivando atingir um desenvolvimento integral, equilibrado e autônomo⁵². Neste âmbito, as decisões aprovadas pela Comunidade Andina são de aplicação direta, integrando o ordenamento jurídico do bloco, nos termos do que definem o art. 17 do Acordo de Cartagena e o art. 1º do Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina.

Dessa forma, o SAI está composto por vários órgãos com diferentes funções, desde direção normativa e política à direção judicial, executiva, deliberativa, social, financeira e educacional. As organizações de direção e coordenação são compostas pelo Conselho Presidencial Andino, Conselho Andino de Ministros das Relações Exteriores e Comissão da Comunidade Andina. Já as organizações e instituições comunitárias são o Tribunal de Justiça, o Parlamento Andino, a Secretaria Geral, o Banco de Desenvolvimento da América Latina (CAF), o Fundo Latino-Americano de Reserva, a Organização Andina de Saúde - Convênio Hipólito Unanue, a Universidade Andina Simón Bolívar e o Convênio Sócio-Trabalhista Simón Rodríguez. A terceira divisão

50 BRESSAN, Regiane Nitsch; LUCIANO, Op. cit., p. 67.

51 COMUNIDAD ANDINA. *Somos Comunidad Andina*. Op. cit [em linha]

52 Idem.

diz respeito às instâncias de participação da sociedade civil, quais sejam: Conselho Consultivo Empresarial, Conselho Consultivo Trabalhista, Conselho Consultivo Andino de Autoridades Municipais e Conselho Consultivo dos Povos Indígenas⁵³.

Nessa toada, uma vez que o objetivo do presente artigo é a identificação dos direitos dos povos indígenas no MERCOSUL e na CAN, já podemos destacar o Conselho Consultivo dos Povos Indígenas, anteriormente apresentado como um dos órgãos da instância de participação da sociedade civil, sobre o qual haverá uma abordagem mais abrangente a seguir.

3.1. Os direitos das cidadãs e dos cidadãos andinos na CAN

O sistema de integração da CAN prevê que as cidadãs e os cidadãos dos Estados Membros, ou seja, da Bolívia, Colômbia, Equador e Peru, possuem direitos adicionais aos de seu país de nascimento, os quais vigoram em todo o território da Comunidade Andina. Sendo assim, os trabalhadores, os povos indígenas, as comunidades afrodescendentes, os consumidores e usuários, os migrantes, os turistas, os criadores intelectuais, os artistas, os fazendeiros, os empresários e, em geral, todas as cidadãs andinas e todos os cidadãos andinos, com a integração proposta, adquirirão novos direitos de natureza política, econômica e social que podem ser aplicados em todos os momentos, os quais são obrigatórios para os Estados Membros da CAN, cidadãs andinas e cidadãos andinos e empresas que operam na sub-região⁵⁴.

Entre alguns destes direitos destacam-se o de viajar livremente, utilizando somente o documento nacional; o direito de estudar em outro país andino; o direito ao trabalho no território dos demais países andinos em igualdade de condições com os nacionais; o direito de permanência na sub-região para fins de trabalho, bem como a segurança social e a segurança e saúde no trabalho; o direito de compensação pela companhia aérea, em caso de atraso no voo; o direito de assistência no Consulado de qualquer dos Estados Membros da CAN no exterior; o direito de eleger representantes para o Parlamento Andino; o direito de ter acesso a produtos com elevados padrões de qualidade e saúde para a proteção da saúde do consumidor e do meio ambiente; bem como o direito de acesso aos órgãos judiciais nacionais e comunitários, como o Tribunal de Justiça Andino, para a defesa de seus direitos e interesses⁵⁵.

Com relação, especificamente, aos direitos dos povos indígenas andinos, primeiramente faz-se necessário destacar que o espaço integrado procura reconhecer direitos e garantias aos povos indígenas. Nesse sentido,

53 COMUNIDAD ANDINA. *Sistema Andino de Integración - SAI*. Disponível em: <<https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/sistema-andino-de-integracion-sai/>> Acesso em: 16 set. 2022.

54 COMUNIDAD ANDINA. *Derechos del ciudadano andino*. Disponível em: <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/2011225165851derechos_CAN.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

55 Idem.

o documento disponibilizado no sítio oficial da CAN, denominado “Derechos del ciudadano andino”⁵⁶ traz a categoria própria dos direitos dos povos indígenas e das comunidades afrodescendentes, revelando, também, que estes direitos se encontram no Acordo de Cartagena, na Carta Andina para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos e nas Decisões nº 391, 486 e 674, esta última tratando especificamente do Conselho Consultivo dos Povos Indígenas⁵⁷.

A fim de conhecer quais são estes direitos e através de quais instrumentos os mesmos vêm estabelecidos, a seguir, serão analisadas as iniciativas nesta matéria, existentes no Direito da CAN.

3.2. Os direitos dos povos indígenas na CAN

O Acordo de Cartagena, de 26 de maio de 1969, que inaugura o processo de integração andina, traz em seu art. 129 que os Estados Membros deverão empreender ações conjuntas de cooperação destinadas a contribuir para o desenvolvimento social da população andina. Dentre os objetivos desse desenvolvimento social encontram-se a afirmação da identidade cultural e a formação de valores de cidadania para a integração da área andina, bem como o reconhecimento da participação plena das cidadãs e dos cidadãos do bloco⁵⁸.

Nessa toada, para se atingir os objetivos de desenvolvimento social, o Acordo prevê, no art. 130, alínea “g”, que deverá ser dada atenção às etnias e às comunidades locais⁵⁹. Também encontra-se, no art. 131, a expressa determinação no sentido de que os Estados Membros da integração andina deverão desenvolver ações no campo da comunicação social, assim como ações destinadas a difundir um maior conhecimento sobre o patrimônio cultural, histórico e geográfico da sub-região, abarcando, inclusive, a realidade local no tocante à situação econômica e social⁶⁰.

Nesse cenário, merece especial destaque a Carta Andina para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos, a qual contempla os direitos fundamentais e coletivos dos povos indígenas na CAN. A Carta em referência foi adotada pelo Conselho Presidencial Andino, na cidade equatoriana de Guayaquil, em 26 de julho de 2002^{61,62}.

56 COMUNIDAD ANDINA. *Derechos del ciudadano andino*. Op.cit.[em linha]

57 Idem.

58 COMUNIDAD ANDINA. *Acuerdo de Integración Subregional Andino* (Acuerdo de Cartagena). Assinado na cidade de Cartagena, no dia 26 maio 1969. Disponível em: <<<https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/tratados-y-protocolos/>>>. Acesso em: 16 set. 2022.

59 Idem.

60 Idem.

61 COMUNIDAD ANDINA. *Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos*. Adotada pelo Conselho Presidencial Andino em Guayaquil, Equador, em 26 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/labor/Carta%20Andina.pdf>> Acesso em: 16 set. 2022.

62 A Carta Andina também faz menção, em conjunto com os direitos dos povos andinos, aos direitos das comunidades afrodescendentes. Entretanto, como o objetivo do presente estudo

A Carta coloca em evidência os principais direitos fundamentais dos povos indígenas, a saber: a expressa menção do direito à diferença, com o direito de manterem e desenvolverem suas identidades e costumes culturais, espirituais, políticos, econômicos e legais; o direito coletivo de propriedade e posse de terras ou territórios que tradicionalmente ocupem, com o resguardo de não ser-lhes retirado tal direito, com previsão de retomada se for necessário; direito à preservação de suas próprias formas de organização social, exercício da autoridade e administração da justiça; direito de desenvolver e manter o patrimônio cultural tangível e intangível; a proteção dos saberes ancestrais coletivos e o exercício das práticas tradicionais; primazia para conservar e promover as práticas tradicionais de conservação e uso sustentável da diversidade biológica⁶³.

Sobre o direito coletivo às terras que tradicionalmente ocupem, a Carta prevê que os povos indígenas têm o direito à participação do uso, administração e usufruto sustentável⁶⁴ dos recursos naturais que estão localizados em suas terras ou territórios, e em particular a serem consultados nas decisões tomadas sobre a exploração de recursos naturais não renováveis encontrados em suas terras ou territórios e sobre todas as atividades que afetam o meio ambiente e modos de vida; à participação, sempre que possível, dos benefícios das atividades de gestão de recursos naturais em suas terras e territórios; e a receber uma compensação justa por qualquer dano sofrido como resultado dessas atividades⁶⁵.

Ademais, a Carta afirma que os Estados Membros da CAN são países multiétnicos e pluriculturais, os quais devem observar um atendimento intercultural⁶⁶ para os povos indígenas, cidadãos e cidadãos de seus Estados,

está vinculado à análise dos direitos indígenas no processo de integração em destaque, se deixará de mencionar as comunidades afrodescendentes, em que pese tal análise possa ser objeto de estudos futuros.

63 COMUNIDAD ANDINA. *Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos*. Op.cit. [em linha].

64 Sobre o desenvolvimento no cenário internacional da ideia de sustentabilidade, ver: VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. “A proteção ao consumidor e o desenvolvimento sustentável: as orientações das Nações Unidas para a implementação de práticas de consumo sustentáveis”. *Revista de Direito Ambiental*. 2020, vol 100, p. 583-610.

65 COMUNIDAD ANDINA. *Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos*. Op. cit. [em linha].

66 Referente à interculturalidade, como um caminho para as questões indígenas, Bragato, Barretto e Silveira Filho sinalizam que: “portanto, a interculturalidade nos indica um caminho. Um caminho de inclusão, de encontro qualitativo e solidário com o outro diferente, um encontro que deve possibilitar a aceitação do diferente como uma oportunidade de enriquecimento e transformação de ambas as partes. Assim, a via intercultural se coloca como crítica tanto à cultura hegemônica excludente quanto ao multiculturalismo, e se apresenta como um projeto ético-político libertador, renovador e aberto, cujo objetivo incontestado é a busca pela convivência – entre indivíduos e povos ou nações – pacífica”. BRAGATO, Fernanda Frizzo; BARRETTO, Vicente de Paulo; SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da. “A interculturalidade como possibilidade para a construção de uma visão de direitos humanos a partir das realidades plurais da América Latina”. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, vol 62, nº1, p. 33-59, 2017. p. 54. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47133/32425>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

reconhecendo e respeitando os direitos humanos de seus membros como cidadãos e cidadãos individuais, para que possam desfrutá-los como grupos humanos de raízes ancestrais - de acordo com as leis e compromissos nacionais e internacionais. Estes são direitos coletivos, cujo exercício em comum promove sua continuidade histórica, a preservação de sua identidade e seu desenvolvimento futuro⁶⁷.

Ainda, podemos acrescentar que há o direito dos povos indígenas de serem consultados e de participarem na formulação, aplicação e avaliação dos planos de desenvolvimento que lhes dizem respeito, a fim de tomarem parte na formulação de seus próprios planos de desenvolvimento sustentável e na administração democrática dos recursos para seu financiamento e cooperação internacional⁶⁸. Essas previsões ganham maior força com a criação do Conselho Consultivo dos Povos Indígenas (CCPICAN), através da Decisão nº 674, do Conselho Andino de Ministros das Relações Exteriores, de 26 de setembro de 2007⁶⁹.

O Conselho Consultivo dos Povos Indígenas na CAN tem o viés de promover a participação ativa dos povos indígenas nos assuntos vinculados à integração andina, no âmbito econômico, social, cultural e político. Para isso, cada Estado Membro tem um representante indígena, o qual é denominado "delegado". Com isso, os povos indígenas podem emitir parecer, por meio do Conselho Consultivo dos Povos Indígenas, perante o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, à Comissão e à Secretaria Geral da CAN, sobre os programas ou atividades do processo de integração sub-regional andino que são de seu interesse. Outrossim, os povos indígenas podem assistir e participar com direito à palavra, por meio do Conselho Consultivo dos Povos Indígenas, nas reuniões dos órgãos políticos e de decisão da Comunidade Andina, bem como de reuniões de especialistas governamentais ou grupos de trabalho⁷⁰.

Também é digno de menção que os direitos dos povos indígenas também são encontrados na legislação andina de proteção da propriedade industrial, contida no Regime Comum da Propriedade Industrial (Decisão nº 486) e no Regime de Acesso aos Recursos Genéticos (Decisão nº 391), os quais incluem entre seus princípios fundamentais a salvaguarda e o respeito aos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, com a menção de que se um produto foi desenvolvido a partir de conhecimentos tradicionais indígenas, a sua licença só poderá ser concedida com a prévia autorização das comunidades tradicionais⁷¹.

67 COMUNIDAD ANDINA. *Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos*. Op. cit. [em linha].

68 COMUNIDAD ANDINA (CAN). *Derechos del ciudadano andino*. Op. cit [em linha].

69 CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 674*: Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina. XI Reunión Extraordinaria del Consejo Andino De Ministros De Relaciones Exteriores, realizado em Nova York, Estados Unidos da América, em 26 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

70 Idem.

71 COMUNIDAD ANDINA. *Derechos del ciudadano andino*. Op. cit [em linha].

Por fim, cabe referir que os direitos dos povos indígenas referidos anteriormente encontram na Comunidade Andina um âmbito que busca promover a participação de seus titulares no próprio processo de integração regional. Trata-se da Mesa de Trabalho sobre Direitos dos Povos Indígenas, instituída pela Decisão nº 524⁷² do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, em 2002. Conforme o disposto no art. 1º da Decisão em comento, a Mesa de Trabalho constitui-se numa “instancia consultiva en el marco del Sistema Andino de Integración, para promover la participación activa de los pueblos indígenas en los asuntos vinculados con la integración sub-regional, en sus ámbitos económico, social, cultural y político.”

3.2.1. Conselho Consultivo dos Povos Indígenas da CAN (CCPICAN)

Em consulta ao sítio oficial da CAN constata-se que o Conselho Consultivo dos Povos Indígenas (CCPICAN), desde sua criação em 2007 até a finalização desse artigo (abril de 2022) promoveu reuniões somente até 2013⁷³.

Na primeira reunião ordinária do CCPICAN, ocorrida entre os dias 18 e 19 de dezembro de 2008, em La Paz, na Bolívia, uma das principais pautas debatidas foram as negociações entre a CAN e a União Europeia (UE), em que os membros do CCPICAN deveriam buscar mecanismos para realizar a diplomacia indígena, a fim de que o Conselho passasse a ter um impacto político em todo o processo da CAN, para proporcionar uma integração real dos Povos e para os Povos⁷⁴. Já na segunda reunião ordinária, ocorrida em 24 e 25 de março de 2009, em Lima, no Peru, além da retomada da pauta sobre as negociações bilaterais com UE, ficou acordado que haveria a construção de uma agenda estratégica para o Conselho⁷⁵. Tais temáticas foram seguidas na terceira (maio de 2009), quarta (fevereiro de 2010) e quinta (setembro de 2010) reuniões, além de ter sido apresentado um Projeto de Direitos Humanos para Povos Indígenas nos países da CAN⁷⁶.

Na primeira reunião de 2011, ocorrida nos dias 14 e 15 de março (sexta reunião do CCPICAN), estabeleceu-se que haveria a revisão e modificação do regulamento interno do Conselho, bem como que seria criado um plano operacional para o ano de 2011⁷⁷. Entretanto, em 2012, foi realizada a penúltima reunião do CCPICAN registrada no sítio oficial da CAN. Os representantes sinalizaram as dificuldades no desempenho das funções do

72 COMUNIDAD ANDINA. *Decisión nº 524, Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima, Peru, 2002. Disponível em: <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Gacetas/Gace814.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

73 COMUNIDAD ANDINA. *Normativa Andina*. Disponível em: https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/?resources_term=Consejo%20Consultivo%20de%20los%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas&resources_order=DESC&resources_start&resources_end. Acesso em: 09 abr. 2022.

74 Idem.

75 Idem.

76 Idem.

77 Idem.

Conselho, mas firmaram o compromisso, em razão das atividades extrativistas nos territórios dos povos indígenas, de que deveria haver a consulta, livre, prévia e informada aos povos indígenas da região andina⁷⁸.

Destarte, a última ata registrada no sítio oficial da CAN se refere à uma reunião conjunta entre as Autoridades Governamentais sobre Direitos dos Povos Indígenas e o CCPICAN, ocorrida em 13 e 14 de maio de 2013, em Quito, no Equador, oportunidade em que foi apresentada a situação e a perspectiva dos direitos dos Povos Indígenas na Região Andina. Ademais, com base na Decisão nº 674, a qual criou o CCPICAN, em 26 de setembro de 2007⁷⁹, foram discutidos os mecanismos para se garantir a participação institucionalizada dos povos indígenas nas políticas e ações de integração regional. Mesmo diante da evidente baixa efetividade do Conselho, discutiram-se medidas de fortalecimento do CCPICAN, bem como as pautas prioritárias dos povos indígenas andinos, com especial destaque para: i) consulta prévia e participação; ii) políticas de proteção e difusão das línguas originárias; iii) luta contra discriminação étnico-racial; iv) proteção dos povos indígenas em isolamento voluntário e contato inicial; v) ações transversais de enfoque intercultural; e, vi) ações para promover os direitos das mulheres andinas indígenas⁸⁰. Apesar de oficialmente não haver atas de reuniões registradas do CCPICAN desde 2013, em 25 de março de 2022, houve um firme compromisso com o processo de integração, quando os Chanceleres, os Ministros do Comércio e o Secretário Geral da CAN reuniram-se em Quito para coordenar políticas conjuntas. Nesta ocasião, os Estados Membros da CAN - Bolívia, Colômbia, Equador e Peru - aprovaram a Decisão nº 896 do Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, que cria o Comitê Andino de Autoridades Governamentais sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁸¹, que tem como objetivo institucionalizar uma instância de coordenação de políticas públicas em favor dos 9,8 milhões de indígenas andinos⁸². O objetivo é que o Comitê promova políticas, estratégias e programas para promover a participação, o desenvolvimento e os direitos dos povos indígenas, contribuindo para a implementação e aplicação efetiva das convenções e tratados internacionais, monitorando os compromissos

78 Idem.

79 CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión 674: Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina. XI Reunión Extraordinaria del Consejo Andino De Ministros De Relaciones Exteriores, realizado en Nova York, Estados Unidos de América, em 26 de setembro de 2007.* Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

80 COMUNIDAD ANDINA. *Normativa Andina*. Op. cit. [em linha].

81 COMUNIDAD ANDINA. *Decisión nº 896, Comité Andino de Autoridades Gubernamentales sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima, Peru, 25 de março de 2022. Disponível em: <<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204445.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

82 COMUNIDAD ANDINA. *Países de la Comunidad Andina acuerdan implementar políticas en favor de los pueblos indígenas*. Lima, Peru, 26 de março de 2022. Disponível em: <<https://www.comunidadandina.org/notas-de-prensa/paises-de-la-comunidad-andina-acuerdan-implementar-politicas-en-favor-de-los-pueblos-indigenas/>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

assumidos pelos países⁸³. Ainda, ficou estabelecido que estes trabalhos serão coordenados com o CCPICAN, a fim de garantir visibilidade à contribuição da população indígena andina em questões como mudanças climáticas, conhecimentos tradicionais e preservação das línguas originais⁸⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com relação aos resultados obtidos no processo de integração do MERCOSUL, no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas, encontramos o reconhecimento do idioma Guarani, erigido à condição de idioma do MERCOSUL, ainda que não seja empregado como idioma oficial ou de trabalho. Desta forma, o reconhecimento e a sinalização de uma língua indígena representam um verdadeiro avanço diante do processo de negação histórica enfrentada pelos povos originários. Ainda neste âmbito, embora tenha sido tardia a criação da RAPIM, a sua instituição representa uma estrutura de participação e representação dos povos indígenas no MERCOSUL.

Destaca-se que na X Reunião da RAPIM, houve a aprovação por unanimidade da Declaração sobre Registro Civil de Nascimento Indígena, o que representa um grande avanço rumo à construção e fomento da cidadania dos povos indígenas do MERCOSUL, principalmente nas regiões de fronteira entre os Estados Partes e Associados. Muito embora exista pauta sobre políticas públicas vinculadas à plurinacionalidade/pluralidade e diversidade étnica, multiculturalismo e interculturalidade, bem como à situação dos povos indígenas que não possuem documentação, ainda é necessário que estes temas adquiram maior visibilidade para fins de regulamentação, e que o tratamento a ser dispensado leve em consideração a transversalidade da temática, a fim de contemplar a pluriversidade dos povos indígenas, em respeito à autodeterminação e ao direito à diferença destes povos na região mercosulina.

Sobre os resultados encontrados na CAN, pode-se destacar o expresso reconhecimento ao direito de representação e voz dos povos indígenas, através do Conselho Consultivo dos Povos Indígenas (CCPICAN), que também é baseado no direito à diferença, o qual se manifesta em diversas disposições na Carta Andina de Direitos Humanos, que se propõe a manter, proteger e promover as tradições, os costumes e a cultura dos povos indígenas. Tal instrumento também traz o importantíssimo reconhecimento do direito coletivo às terras e territórios que tradicionalmente foram ocupados pelos povos originários.

Não obstante, por mais que haja 9,8 milhões de cidadãs e cidadãos indígenas na região andina, desde a criação, em 2007, do CCPICAN, suas reuniões e atuações estão prejudicadas, uma vez que desde 2013 não se

83 Idem.

84 Idem.

encontram atas de reuniões no sítio oficial da CAN, o que permite constatar que houve um esvaziamento do órgão em destaque. Situação esta que se mostra em descompasso tanto com a legislação quanto com a população e com a própria constituição dos Estados Membros da CAN. Entretanto, tendo em vista a recente reunião entre os Chanceleres, os Ministros do Comércio e o Secretário Geral da CAN, ocorrida em 25 de março de 2022, espera-se que haja a efetiva criação e atuação do Comitê Andino de Autoridades Governamentais sobre os Direitos dos Povos Indígenas, com a concreta coordenação do Conselho Consultivo dos Povos Indígenas, a fim de se garantir a promoção dos Direitos Humanos dos povos indígenas, além de se brindar visibilidade à contribuição da população indígena andina em questões como mudanças climáticas, conhecimentos tradicionais e preservação das línguas.

Ao se comparar a proteção e a evolução dos direitos dos povos indígenas no MERCOSUL e na CAN constata-se que a integração andina se mostra mais avançada, pelo menos teoricamente, em termos de legislação indígena e da própria figura cidadã dos indígenas, muito embora não se tenha encontrado menção ao reconhecimento de idiomas indígenas neste processo de integração, o que sim se observa no MERCOSUL. Entretanto, para que de fato se verifique se na prática há ou não, e, em que medida, essa maior efetivação de direitos aos povos indígenas, novos estudos devem ser realizados, inclusive aguardando o amadurecimento e fomento das novas propostas apresentadas pelos blocos. De qualquer modo, cabe registrar que ambos os processos de integração possuem instituições próprias de representação dos povos indígenas, sendo no MERCOSUL a Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas (RAPIM), e na CAN, o Conselho Consultivo dos Povos Indígenas (CCPICAN).

Para estudos futuros, fica o registro da necessidade de se trabalhar a interrelação de direitos dos povos indígenas e das comunidades afrodescendentes e locais, a fim de se buscar maior efetividade na proteção e promoção desses direitos, tanto na Comunidade Andina quanto no MERCOSUL. Não nos olvidemos que o continente onde esses sistemas regionais de integração encontram-se inseridos é uma América de povos originários escravizados e exterminados pelo colonialismo europeu e pela escravização de povos de origem africana, em que as chagas da colonialidade ainda permanecem e reverberam sob múltiplas faces, corpos, políticas, saberes, ações e inações. Portanto, a integração regional também deve ser um instrumento de reconhecimento de direitos e, especialmente, de efetivação dos mesmos.

CONFLITO DE INTERESSE E FINANCIAMENTO

As autoras declaram que o artigo não apresenta nenhum conflito de interesses. Além de não apresentar financiamento institucional.

CONTRIBUIÇÃO DOS AUTORES

As autoras declaram que o todos os itens foram escritos em coautoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGATO, Fernanda Frizzo; BARRETTO, Vicente de Paulo; SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da. “A interculturalidade como possibilidade para a construção de uma visão de direitos humanos a partir das realidades plurais da América Latina”. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, vol 62, nº1, p. 33-59, 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47133/32425>>

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Pacto Andino*. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/historico/blocoseconomicos.html/pactoandino.html>>

BRESSAN, Regiane Nitsch; LUCIANO, Bruno Theodoro. “A Comunidade Andina no século XXI: entre bolivarianos e a Aliança do Pacífico”. *Revista do Sociologia e Política*, Curitiba, vol 26, nº 65, p. 62-80, mar. 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v26n65/0104-4478-rsocp-26-65-0062.pdf>>

BONFIL-BATALLA, Guillermo. *Utopia y Revolución: El pensamiento Político de los Índios en América latina: Etno-desarrollo e Etnocidio*. México: Nueva Imagen, 1981.

COMUNIDAD ANDINA. *Acuerdo de Integración Subregional Andino* (Acuerdo de Cartagena). Assinado na cidade de Cartagena, no dia 26 maio 1969. Disponível em: <<https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/tratados-y-protocolos/>>.

COMUNIDAD ANDINA. *Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos*. Adotada pelo Conselho Presidencial Andino em Guayaquil, Equador, em 26 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/labor/Carta%20Andina.pdf>>

COMUNIDAD ANDINA. *Decisión nº 524, Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima, Peru, 2002. Disponível em: <<http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Gacetas/Gace814.pdf>>

COMUNIDAD ANDINA. *Decisión nº 896, Comité Andino de Autoridades Gubernamentales sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima, Peru, 25 de março de 2022. Disponível em: <<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204445.pdf>>

COMUNIDAD ANDINA. *Derechos del ciudadano andino*. Disponível em: <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/2011225165851derechos_CAN.pdf>

COMUNIDAD ANDINA(CAN). *Normativa Andina*. Disponível em: <https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/?ressources_term=Consejo%20Consultivo%20de%20los%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas&ressources_order=DESC&ressources_start&ressources_end>

COMUNIDAD ANDINA. *Países de la Comunidad Andina acuerdan implementar políticas en favor de los pueblos indígenas*. Lima, Peru, 26 de março de 2022. Disponível em: <<https://www.comunidadandina.org/notas-de-prensa/paises-de-la-comunidad-andina-acuerdan-implementar-politicas-en-favor-de-los-pueblos-indigenas/>>

COMUNIDAD ANDINA. *Símbolos de la CAN*. Disponível em: <<https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/simbolos-de-la-can/#:~:text=El%20emblema%20de%20la%20Comunidad,color%20dorado%20de%20la%20figura>>

COMUNIDAD ANDINA. *Sistema Andino de Integração - SAI*. Disponível em: <<https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/sistema-andino-de-integracion-sai/>>

COMUNIDAD ANDINA. *Somos Comunidad Andina*. Disponível em: <<<https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/2018720125527BROCHURE%20CAN.pdf>>>

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. *Decisión nº 674: Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina. XI Reunión Extraordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, realizado em Nova York, Estados Unidos da América, em 26 de setembro de 2007*. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>>

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS. *Diálogo, acuerdos e intercambio de buenas prácticas en la XII Reunión de Ministros y Altas Autoridades sobre Pueblos Indígenas (RAPIM)*. Buenos Aires, Argentina, 2020. Disponível em: <<https://www.ipph.mercosur.int/dialogo-acuerdos-e-intercambio-de-buenas-practicas-en-la-xii-reunion-de-ministros-y-altas-autoridades-sobre-pueblos-indigenas-rapim/>>

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS. *Missão, Visão e Objetivos*. Disponível em: <<https://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/missao-visao-e-objetivos/>>

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS (IPPDH). *Se realizó la XI Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas (RAPIM) en el marco de las reuniones del MERCOSUR*. Buenos Aires, Argentina, 2020. Disponível em: <<https://www.ippdh.mercosur.int/se-realizo-la-xi-reunion-de-autoridades-sobre-pueblos-indigenas-rapim-en-el-marco-de-las-reuniones-del-mercosur/>>

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS (IPPDH). *Se realizó la XIII Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas (RAPIM)*. Buenos Aires, Argentina, 2021. Disponível em: <<https://www.ippdh.mercosur.int/se-realizo-la-xiii-reunion-de-autoridades-sobre-pueblos-indigenas-rapim/>>

MERCOSUL. CONSELHO DO MERCADO COMUM. *Decisão nº 35/2006: Incorporação do Guarani como idioma do MERCOSUL. XXXI Reunião do Conselho do Mercado Comum*, realizado em Brasília, Brasil, em 15 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/oldAssets/uploads/DEC_0352006_PT_Idioma%20Guarani.pdf>

MERCOSUL. CONSELHO DO MERCADO COMUM. *Decisão nº 14/2009: Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos*. Realizada em Assunção, Paraguai, em 24 de julho de 2009. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/ptbr/documento/criacao-do-instituto-de-politicas-publicas-em-direitos-humanos-ippdh/>>

MERCOSUL. CONSELHO DO MERCADO COMUM. *Decisão nº 14/2014: Reunião de Autoridades sobre Povos Indígenas. XLVI Reunião do Conselho do Mercado Comum*, realizado em Caracas, Venezuela, em 28 de julho de 2014. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/54083_DEC_0142014_PT_Reuni%C3%A3o%20Aut%20Povos%20Indig.pdf>

MERCADO COMUM DO SUL. *Cartilha da Cidadania do MERCOSUL*. Disponível em: <<http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/website/pt>>

MERCADO COMUM DO SUL. *Funcionamento*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/funcionamento-do-mercosul/>>

MERCADO COMUM DO SUL. *Objetivos do MERCOSUL*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/objetivos-do-mercosul/>>

MERCADO COMUM DO SUL. *O que é o MERCOSUL?*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/em-poucas-palavras/>>

MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *I Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 01/14. Buenos Aires, Argentina, 5 de dez. de 2014. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/83469_RAPIM_2014_ACTA01_ES.pdf>

MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *I Reunión Preparatoria de la Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 01/14. Buenos Aires, Argentina, 4 e 5 de nov. de 2014. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/56032_RAPIM_2014_ACTA01_ES.pdf>

MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *I Reunión Preparatoria de la Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 01/14. Anexo V. Plan de Trabajo/Acción del MERCOSUR INDÍGENA 2015-2016/7. Buenos Aires, Argentina, 4 e 5 de nov. de 2014. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/56037_RAPIM_2014_ACTA01_ANE05_ES_Borrador%20Plan%20de%20Acci%C3%B3n%20RAPIM%202015-2017.pdf>

MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *IV Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 01/16. Montevideu, Uruguai, 16 de jun. de 2016. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/62250_RAPIM_2016_ACTA01-Prep_ES.pdf>

MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *V Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 01/17. Buenos Aires, Argentina, 29 de maio de 2017. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/65776_RAPIM_2017_ACTA01_ES.pdf>

MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *VI Reunión de Autoridades sobre Povos Indígenas do Mercosul*. Ata nº 02/17. Brasília, Brasil, 01 de dez. de 2017. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/67107_ATTYUTA6.pdf>

MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *VIII Reunión de Autoridades sobre Pueblos Indígenas del Mercosur*. Ata nº 02/18. Montevideu, Uruguai, 18 de out. de 2018. Disponível em: <<https://documentos.mercosur.int/public/reuniones/doc/6776>>

MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *X Reunión de Autoridades sobre Povos Indígenas do Mercosul*. *Declaração sobre registro civil de nascimento para*

indígenas no Mercosul. Brasília, 14 de novembro de 2019. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/76872_RAPIM_2019_ACTA02_ANE05_PT_Declaracion%20Registro%20Civil%20de%20Nacimiento%20para%20Ind%C3%ADgenas.pdf>

MERCADO COMUM DO SUL. RAPIM. *XIV Reunião Ordinária de Autoridades sobre Povos Indígenas do Mercosul*. Ata nº 02/21. Brasília, Brasil, 09 de dez. de 2021. Disponível em: <https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/87509_RAPIM_2021_ACTA02_P.pdf>

MERCADO COMUM DO SUL. *Tratado de Assunção: Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai*. Assunção, 26 mar. 1991. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/documento/tratado-asuncion-constitucion-mercado-comun/>>

MERCADO COMUM DO SUL. *Temas Diversos*. Disponível em: <<http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/categs/pt/29>>

SANABRIA, Lino Trinidad. El Guaraní en el MERCOSUR. *Tribunal Permanente de Revisión*, Assunção, Paraguai, 29 nov. 2014. Disponível em: <https://www.tprmercosur.org/pt/activ/2014_trinidad_gn_mercosur.pdf>

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “El Guaraní y el MERCOSUR: una cuestión de derechos humanos / Guaraní ha MERCOSUR: yvypóra tekomba’etee momba’eguasú”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, ano 3, vol 6, p. 15-18.

VIEIRA, Luciane Klein; ARRUDA, Elisa. “A relação entre o grau de integração econômica e o sistema de solução de controvérsias: um estudo comparativo entre a União Europeia e o Mercosul”. “The relationship between the degree of economic integration and the dispute settlement system: a comparison study between the European Union and Mercosur”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, 2018, vol 15, nº 2, p. 285-306. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5160/3754>>

VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. “A proteção ao consumidor e o desenvolvimento sustentável: as orientações das Nações Unidas para a implementação de práticas de consumo sustentáveis”. *Revista de Direito Ambiental*, 2020, vol 100, p. 583-610.

VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. “O Estatuto da Cidadania do MERCOSUL e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: uma análise comparativa sobre o avanço da cidadania regional”. *Revista*

Electrónica. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, 2021/2022, n° 27, p. 105-125. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/577/372>>



Indigenous America: a comparative study on the rights of indigenous peoples in MERCOSUR and in Andean Community

Abstract: The present work is guided by the following problem: to what extent do the integration processes of the MERCOSUR and the Andean Community (CAN) guarantee and promote the rights of indigenous peoples? Therefore, the research has as its general objective the study of the rights of indigenous peoples in MERCOSUR and CAN. This objective focuses on the study of regulations and information provided by the integration processes analyzed, discussing, in the first chapter, on the rights of indigenous peoples in MERCOSUR, and, in the second, on the rights of indigenous peoples in the CAN, analyzing the historicity of economic blocs and the rights of their citizens. As for the methodology adopted, normative-described and comparative research methods were used, with bibliographic and documentary research techniques. As a result, it was found that Andean integration is more advanced, at least theoretically, in terms of indigenous legislation and policies that involve the citizen figure of native peoples, although there was no mention of the use of indigenous languages as CAN languages, which is indeed observed in MERCOSUR. Both integration processes have their own institutions for representing indigenous peoples, such as the Meeting of Authorities on Indigenous Peoples (RAPIM) in MERCOSUR and the Council of Indigenous Peoples in CAN (CCPICAN).

Keywords: Indigenous peoples; Indigenous rights; MERCOSUR; CAN.



Amérique Autochtone: une étude comparative sur les droits des peuples autochtones dans le MERCOSUR et la Communauté Andine

Résumé: Cet article est guidé par la problématique de recherche suivante: dans quelle mesure les processus d'intégration du Marché commun du Sud (MERCOSUR) et de la Communauté andine (CAN) garantissent-ils et promeuvent-ils les droits des peuples autochtones? À cette fin, la recherche a pour objectif général l'étude des droits des peuples autochtones dans le MERCOSUR et la CAN. Cet objectif se concentre sur l'étude des réglementations

et des informations fournies par les processus d'intégration analysés, en traitant, dans le premier chapitre, des droits des peuples autochtones dans le MERCOSUR et, dans le second, des droits des peuples autochtones dans la CAN, en analysant les l'historicité des blocs économiques et les droits de leurs citoyens. En ce qui concerne la méthodologie adoptée, des méthodes de recherche normatives décrites et comparatives ont été utilisées, avec des techniques de recherche bibliographique et documentaire. En conséquence, il a été constaté que l'intégration andine est plus avancée, du moins en théorie, en termes de législation et de politiques autochtones impliquant la figure citoyenne des peuples autochtones, bien qu'aucune mention n'ait été trouvée de l'utilisation des langues autochtones comme langues de la CAN, ce qui est bien observé dans le MERCOSUR. Les deux processus d'intégration ont leurs propres institutions représentant les peuples autochtones, telles que la Réunion des autorités sur les peuples autochtones (RAPIM) dans le MERCOSUR et le Conseil des peuples autochtones (CCPICAN) dans le CAN.

Mots-clés: Peuples autochtones ; Droits autochtones ; MERCOSUR; CAN.


RESUMEN BIOGRÁFICO

Luciane Klein Vieira. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutora em Direito (área: internacional) e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Direito e Integração Regional". E-mail: lucianevieira@unisinis.br

Lais Nardon Martins. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio do Sinos (UNISINOS). Graduanda em Antropologia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Integrante do Núcleo de Direitos Humanos (NDH) da UNISINOS, coordenado pela Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato. E-mail: laisnardonmartins@gmail.com.

Protección ambiental y disputas comerciales: ¿déficit de eficacia o locus inadecuado?¹

Proteção ambiental e litígios comerciais: déficit de eficácia ou locus inadequado?

Raphael Carvalho de Vasconcelos* 

Ana Paula Correa de Sales ** 

* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.

** Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Brasil.

Resumen: Este artículo está dedicado a analizar las disputas comerciales relacionadas con la protección ambiental sometidas al sistema de solución de controversias del MERCOSUR y aquello de la Organización Mundial del Comercio. La investigación trae un panorama sobre las posibles dificultades para la promoción efectiva de la protección del medio ambiente en sistemas diseñados para la solución de disputas comerciales. A través del análisis de decisiones sobre casos confrontados con esos estándares, las conclusiones confirman la hipótesis de que los intereses comerciales tienden a prevalecer imponiendo un rol secundario a la protección del medio ambiente.

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar as disputas comerciais relacionadas à proteção ambiental submetidas ao sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e àquele da Organização Mundial do Comércio. A pesquisa traz um panorama sobre as possíveis dificuldades para a efetiva promoção da proteção do meio ambiente em sistemas projetados para a solução de disputas comerciais. Por meio da análise das decisões dos casos confrontados com essas normas, as conclusões tendem a confirmar a

1 Publicado en portugués en Brasil en la *Revista Estação Científica*, 2ª ed. especial DIREITO - jan/jun 2020 – ISSN1809-046X.

* e mail: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

Recibido: 16/08/2022. Aceptado: 21/08/2022.



hipótese de que os interesses comerciais tendem a prevalecer, colocando a proteção ambiental em segundo plano.

Palabras clave: Protección Ambiental; Comercio internacional; Sistemas de Resolución de Disputas Internacionales.

Palavras-chave: Proteção ao Meio Ambiente; Comércio Internacional; Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais.

1. INTRODUCCIÓN

En el MERCOSUR, los temas ambientales fueron llevados directa o indirectamente a su sistema internacional de solución de controversias en varias ocasiones, pero las soluciones jurídicas encontradas para resolver las controversias estuvieron, en general, esencialmente restringidas al comercio: su principal matriz temática.

Hay varias razones por las cuales el medio ambiente es considerado solo transversalmente por cortes o tribunales internacionales. La falta de organizaciones internacionales específicas, la reducida densidad normativa y el perfil de los jueces serían ejemplos de barreras para el uso de la racionalidad ambiental por parte de los órganos jurisdiccionales internacionales.

En el presente estudio se pretende arrojar luz sobre la prevalencia de argumentos económicos en detrimento de la racionalidad ambiental en disputas directa o indirectamente vinculadas al medio ambiente en los órganos de solución de controversias de las organizaciones internacionales de comercio.

Para ello, este trabajo adoptó una metodología descriptiva y analítica, privilegiando la investigación cualitativa de carácter bibliográfico y pronunciamientos de órganos internacionales de solución de controversias.

En la primera parte del artículo, se realizó una contextualización acerca de la evolución de la protección jurídica internacional del medio ambiente y de las principales características relacionadas con esta rama del derecho. Más adelante, en la segunda parte, se analizan algunas decisiones del sistema de solución de controversias de la OMC y del sistema de arbitraje del MERCOSUR con impacto ambiental. La última parte de este estudio trata de aspectos estructurales que limitan el enfoque ambiental por parte de los sistemas jurisdiccionales internacionales.

Cumple destacar que las decisiones elegidas para ser objeto de análisis en los sistemas del MERCOSUR y de la OMC resultan de casos que involucran a Brasil en disputas comerciales y situaciones relacionadas con la protección del medio ambiente, así como de casos de otros países de relevancia mediática que tuvieron como cuestión de fondo la problemática ambiental.

2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

La protección jurídica del medio ambiente es relativamente reciente. Los primeros episodios que impactaron los medios de comunicación y despertaron el debate público internacional definitivo sobre los efectos nocivos de la explotación ambiental ocurrieron en la segunda mitad del siglo XX: casos como Torrey Canyon en 1967, Amoco Cadiz en 1978, Bhopal en 1984 y Chernobyl en 1986.

Sin embargo, problemas que tienen un alcance internacional -considerando que la contaminación producida en un país difícilmente genera un impacto únicamente en el territorio de ese Estado- hacen imposible que el Estado actúe de forma aislada. La cooperación internacional y la acción coordinada entre los miembros de la sociedad internacional es fundamental para enfrentar crisis ambientales de manera eficiente.

Los primeros tratados bilaterales que reglamentaban temas ambientales datan del siglo XIX y cuidaban de cuestiones relacionadas con la pesca y con la contaminación del agua. Las preocupaciones ambientales se centraban en una perspectiva utilitarista y antropocéntrica, como se verifica, por ejemplo, en la Convención sobre la Protección de las Aves Útiles para la Agricultura de 1902 y en el Tratado de Washington sobre la Protección de las Pieles de Foca de 1911².

El cambio de paradigma para una mayor conciencia internacional respecto a la urgencia de la protección del medio ambiente resultó en la adopción en 1972 de la Declaración de Estocolmo por parte de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, cuyos principios fueron progresivamente incluidos en las legislaciones nacionales y profundizados en otros instrumentos internacionales posteriores.

Uno de los principales desafíos que deben ser enfrentados para una protección jurídica más eficiente del medio ambiente es la problemática relación entre la protección ambiental y la necesidad de desarrollo económico. El proceso de industrialización y de modernización de las sociedades está frecuentemente vinculado a un aumento exponencial del impacto ambiental, considerando que no todos los Estados están dispuestos -o tienen condiciones materiales- para desarrollarse utilizando únicamente tecnología "limpia", que tiende a ser más costosa y económicamente limitada³.

Por otro lado, también se destaca el problemático binomio que vincula la pobreza y el crecimiento acelerado de la población con la devastación ambiental y el agotamiento de los recursos naturales.

Considerando las diferencias en términos de desarrollo económico entre los Estados, estos instrumentos internacionales consagran el

2 AMARAL JR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 563.

3 *Ibid.*, p. 565.

principio de responsabilidad común, pero diferenciada: otorgando mayores obligaciones a los países desarrollados en la protección y conservación de los recursos naturales.

En este sentido, se destacan los principios de la Declaración de Estocolmo de 1972 que establecen, por un lado, la premisa de que “el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida (principio 8)” y, de otro lado, el derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos (principio 21).

El enfoque de la protección prevista en estos instrumentos internacionales se basa en la idea de equilibrio: “el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo” (Principio 2 – Declaración de Río, Conferencia de la ONU sobre medio ambiente y desarrollo 1992) y el Principio 3 que establece que “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.”.

2.1. Características generales de las normas ambientales internacionales

Al igual que otras ramas del derecho internacional, la protección internacional del medio ambiente está garantizada por sus fuentes clásicas (tratados, costumbres, principios generales del derecho, normas de organizaciones internacionales).

Sin embargo, las estructuras habituales de regulación internacional no siempre se adaptan al dinamismo exigido para la protección del medio ambiente. La inflexibilidad de los procedimientos de alteración no se encaja en una realidad en constante cambio. Las fuentes convencionales tradicionales no parecen capaces de regular adecuadamente las cuestiones ambientales durante un período más largo sin la necesidad de que, a intervalos regulares, se realicen adaptaciones debido a, por ejemplo, circunstancias previamente desconocidas⁴.

Como rama reciente del derecho, la protección internacional del medio ambiente tiene características bastante sobresalientes, tales como: los actores no estatales tienen un rol más relevante de lo habitual; existe una fuerte presencia del *soft law*; y el principio de prevención tiene un carácter más relevante en las normas⁵.

Consideradas las características fundamentales de los temas ambientales, es práctica común que los Estados adopten instrumentos

4 *Ibíd.*, p. 578.

5 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 1299.

convencionales conocidos como Convenio Marco, los cuales establecen principios que sirven de base para la cooperación estatal en un dominio determinado, dejando abiertas las modalidades de cooperación para reglamentación por medio de acuerdos específicos⁶.

Se trata, así, de un claro modelo de negociación continua.

Los convenios marco establecen obligaciones generales y, al mismo tiempo, determinan el procedimiento para un nuevo protocolo, a ser suscrito en fecha posterior, para ordenar obligaciones específicas. Es común, en este tipo de instrumentos, que existan anexos o apéndices con disposiciones técnicas sobre solución de controversias e intercambio de información, con listados de especies, sustancias o actividades reglamentadas⁷.

Otro medio importante de protección internacional del medio ambiente son los mecanismos del *soft law*, entendidos como actos y contenidos normativos que no tienen carácter obligatorio. Es decir, los instrumentos de *soft law* son “fuentes de baja intensidad”, considerando la influencia que ejercen sobre las elecciones de los Estados, aunque no tengan la fuerza suficiente para imponer conductas o sanciones en contra a los actores internacionales⁸.

Este mencionado poder de influencia y persuasión estatal de la *soft law* se presenta, por ejemplo, en resoluciones, conclusiones o lineamientos y normas técnicas para la interpretación de convenios existentes. Son lineamientos que, aunque no obliguen a sus destinatarios, establecen prácticas adoptadas en las operaciones económicas -por ejemplo, las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)- o incluso las prácticas adoptadas por corporaciones privadas globales que estandarizan actividades para, incluso, reducir los riesgos de eventual responsabilidad ambiental.

3. MERCOSUR

El Mercado Común del Sur - MERCOSUR - es una organización internacional creada el 26 de marzo de 1991, cuando los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron en Asunción, capital de Paraguay, un tratado que establecía reglas, principios, objetivos y un calendario para promover el libre comercio entre sus mercados.

La organización ganó personalidad jurídica formalmente tres años después, cuando el Protocolo de Ouro Preto estableció su estructura institucional. Si bien el MERCOSUR no tenía personalidad jurídica internacional en su estructura original, en su primer año de existencia ya contaba con un sistema jurisdiccional formalmente establecido para la solución de controversias.

6 Ídem.

7 AMARAL JR, Alberto do. Op. cit., 579.

8 AMARAL JR, Alberto do. Op. cit., p. 602.

El Protocolo de Brasilia, firmado en diciembre de 1991, estableció una primera fase diplomática obligatoria basada en negociaciones directas, la posibilidad de intervención del Grupo Mercado Común como una segunda etapa política para la solución del conflicto y, por fin, el envío del reclamo al procedimiento arbitral previsto.

El Protocolo de Olivos de 2002 para la solución de controversias en el MERCOSUR introdujo cambios sustanciales para perfeccionar el sistema regional. Los pasos diplomáticos y políticos básicos previstos en el Protocolo de Brasilia se mantuvieron sin cambios, pero la estructura jurisdiccional presentó algunas innovaciones importantes. La creación de un órgano permanente - el Tribunal Permanente de Revisión - TPR - para revisar los laudos de los tribunales ad hoc y para emitir opiniones consultivas fue el cambio más impactante y significativo.

El sistema de solución de controversias del MERCOSUR tiene dos tipos de facultades: una contenciosa y otra consultiva. En cuanto a la jurisdicción contenciosa, el sistema está estructurado para decidir controversias entre los Estados miembros de la organización regional. También existen disposiciones sobre la participación de las personas en el sistema, pero sólo a través de un mecanismo claramente estructurado con signos y formato de protección diplomática. Al respecto, es muy importante señalar que los particulares no tienen acceso directo al sistema de solución de controversias del MERCOSUR.

Desde la entrada en vigor del Protocolo de Olivos existen dos instancias de arbitraje en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR. Además de la instancia ad hoc, que ya existía en el antiguo régimen del Protocolo de Brasilia, el TPR asumió, a partir de 2002, la posición de última instancia de la estructura jurisdiccional del MERCOSUR.

El sistema de Olivos establece tres procedimientos principales y una medida accesorias. El procedimiento común es el más importante instrumento para resolver una disputa entre los Estados miembros. Para el caso de controversias que involucren bienes percederos, el tratado creó la posibilidad de concesión de una medida provisional accesorias para evitar pérdidas en el curso del procedimiento jurisdiccional ordinario.

Si la controversia no involucra cuestiones permanentes de derecho y se refiere, por ejemplo, exclusivamente a productos percederos, el Estado interesado puede presentar, directamente al TPR, escritos para un “procedimiento excepcional de urgencia” que deberá ser solucionado por los miembros del tribunal en 10 días.

En cuanto a la competencia consultiva del sistema, se observa que esta, al igual que la del procedimiento excepcional de urgencia, es ejercida exclusivamente por el TPR. En paralelo a la legitimación activa de los órganos decisorios, de los Estados en su conjunto y del Parlamento del MERCOSUR, los Tribunales Superiores de los Estados Miembros también pueden, con base en sus normas internas, enviar consultas al TPR.

3.1. Casos en materia ambiental sometidos al sistema de solución de controversias del MERCOSUR

Desde 1991 fueron emitidos veintiséis laudos por los tribunales ad hoc y por el TPR en el marco del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR: quince de tribunales ad hoc en el marco del Protocolo de Brasilia y once ya en la vigencia del Protocolo de Olivos -dos laudos ad hoc, seis del TPR y tres opiniones consultivas.

Para este artículo, fueron elegidos dos pronunciamientos jurisdiccionales del sistema de solución de controversias del MERCOSUR que directa o indirectamente, en los hechos o en el derecho aplicado, se refieren al medio ambiente: 1. Laudo 06 Ad Hoc - Controversia presentada por la República Oriental del Uruguay contra la República Federativa del Brasil sobre la prohibición de importar neumáticos reacondicionados desde Uruguay; y 2. Laudo 02/2006 TPR - Recurso de Revisión presentado por la República Argentina contra la decisión del Tribunal Arbitral Ad Hoc, de 21 de junio de 2006, sobre los impedimentos impuestos a la libre circulación por barreras en territorio argentino de vías de acceso a puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas.

El laudo sobre la importación de neumáticos reacondicionados de Uruguay a Brasil fue elegido porque involucra directamente al Estado brasileño. Este punto merece ser remarcado principalmente en razón de la existencia de otros pronunciamientos del sistema de solución de controversias del MERCOSUR sobre neumáticos respecto a conflicto similar entre Uruguay y la República Argentina.

Con respecto al laudo sobre las barreras en los Puentes Internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, su mención se justifica a los efectos de este estudio porque sus fundamentos están esencialmente vinculados al medio ambiente, al menos en apariencia y conforme los argumentos de hecho planteados por las partes en la controversia.

En el MERCOSUR, la disputa relacionada a la libre circulación en el caso de los puentes se centró en la repercusión comercial de los bloqueos realizados por manifestantes argentinos que se oponían a la instalación de papeleras transnacionales en el lado uruguayo del río Uruguay y, fundamentalmente, en la falta de respuesta del gobierno argentino a estas acciones. Los manifestantes justificaban sus acciones oficialmente por argumentos ambientales, pero el contexto de fondo de la disputa era también relacionado con las inversiones directas realizadas⁹.

En los escritos de presentación y respuesta, ninguna de las partes se refirió al medio ambiente. La República Argentina, de hecho, mencionó a los

9 CARDOSO, Tatiana de A. F. R.. "O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguaí." In: MENEZES Wagner; MONCHEN B, Valesca Raizer . WINTER C, Luiz Alexandre (Orgs.). *Direito internacional*. Florianópolis: Conpedi/FUNJAB, 2013, pp. 299-326. p. 304.

derechos humanos, pero no trató directamente del tema ambiental. El TPR decidió, por fin, en base a la lógica comercial y así analizó a los bloqueos en el marco del principio de la libre circulación. En esta controversia, el medio ambiente fundamentaba varios argumentos en el origen del conflicto, pero los hechos fueron juzgados según sus reflejos económicos y comerciales¹⁰.

En un contexto bastante investigado en el marco de los estudios relacionados con la fragmentación del derecho internacional, la controversia también fue llevada a la Corte Internacional de Justicia a partir de una indicación expresa del Estatuto del Río Uruguay. A diferencia de lo ocurrido en el MERCOSUR, el tema ambiental tuvo una centralidad argumentativa y dio lugar a solicitudes de medidas provisionales por ambas partes de la controversia, que no fueron atendidas por la Corte.

En cuanto al fondo, a pesar de haber sido reconocido por la Corte de la Haya que la República Oriental del Uruguay no cumplió con los requisitos del Estatuto del Río Uruguay en relación con los estudios de impacto ambiental de emprendimientos industriales, no impuso sanción al Estado uruguayo por considerar no haber sido comprobado el posible daño ambiental.

En el caso del Laudo Ad Hoc 06 sobre la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil sobre la prohibición a la importación de neumáticos reacondicionados desde Uruguay, el núcleo argumentativo -tanto fáctico como jurídico- se centró en la libertad de circulación de bienes y en las excepciones admitidas como limitaciones a esa libertad.

Si bien el medio ambiente estaba presente en los argumentos de fondo, los escritos de las partes -incluso el escrito brasileño, lo que puede ser señalado como un error estratégico- y el laudo del tribunal ad hoc plasmaron exclusivamente la narrativa comercial centrada en las barreras al libre comercio¹¹.

4. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La OMC es una organización internacional con personalidad jurídica cuyo objetivo es promover la expansión del comercio mundial. Para ello, cuenta con una amplia normativa que resulta de décadas de negociaciones comerciales multilaterales y con un eficiente sistema de solución de controversias. La organización fue creada al final de la Ronda Uruguay de negociaciones entre 1986 y 1994 e incorporó todos los documentos negociados en el marco del GATT desde 1947 hasta la fecha de su creación.

El marco regulatorio de la OMC prevé un mecanismo de solución de controversias manejado por el Órgano de Solución de Diferencias - OSD - que

¹⁰ *Ibid.* p. 310.

¹¹ SAVIO, Adriana Macena S. "O caso dos pneus perante a OMC e o MERCOSUL". *Universitas: Relações Internacionais*, Brasília, vol. 9, nº. 1, p. 349-370, jan./jun. 2011. p. 358.

es una especialización funcional del Consejo General de la OMC y tiene las siguientes atribuciones: autorizar la creación de paneles, aprobar el informe elaborado por los paneles y el Órgano de Apelación, supervisar la ejecución de las recomendaciones sugeridas por los paneles y por el Órgano de Apelación y autorizar la suspensión de concesiones comerciales¹².

En resumen, se puede decir que el sistema de solución de controversias de la OMC comienza con consultas (fase de negociación previa a la propia controversia) entre las partes para intentar un acuerdo. Si esto no es posible, se inicia un panel integrado por tres especialistas (Grupos Especiales), quienes son los encargados de producir un informe sobre la solución de la controversia. El panel es la primera fase contenciosa donde se discuten cuestiones de hecho y de derecho en relación con el caso presentado¹³.

También es posible apelar ante un Órgano de Apelación. El recurso es la segunda fase contenciosa en la que es posible revisar cuestiones de derecho o discutir la interpretación de la decisión del Grupo Especial. Una vez dictada la resolución, se otorga un plazo para su ejecución. En caso de incumplimiento, el interesado podrá solicitar autorización para adoptar represalias comerciales contra el miembro de la organización que cometió el ilícito.

El OSD de la OMC es uno de los sistemas internacionales de solución de controversias más activos y eficientes que existen, con un volumen de disputas por año superior a aquel de la Corte Internacional de Justicia y con una tasa de efectividad que supera el 75% de las decisiones, según la propia OMC. El tiempo promedio para finalizar los litigios presentados ante la OSD es de 18 meses y puede llegar a los tres (3) años en casos de represalias comerciales¹⁴.

Otra característica destacable es que la jurisdicción de la OMC es obligatoria, lo que significa que la OMC no acepta la exclusión de su competencia, los miembros no tienen la prerrogativa de no aceptar participar en una determinada disputa.

En relación a su competencia "*ratione personae*", sólo los miembros tienen capacidad para postular, esto excluye la participación directa de las empresas transnacionales (que suelen ser las principales partes interesadas en la solución de la disputa). Sin embargo, es común que ofrezcan apoyo legal experto y apoyo financiero a los miembros involucrados. Con respecto a la competencia "*ratione materiae*" se trata de discusiones sobre violaciones o incumplimiento de los acuerdos de la OMC.

12 AMARAL JR, Alberto do. Op. cit., p. 435.

13 VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 430.

14 *Ibid.*, p. 432.

4.1. Casos relacionados con cuestiones ambientales presentados al sistema de solución de controversias de la OMC

La OMC es una organización internacional que fue creada con el objetivo de garantizar el flujo de comercio y evitar que los Estados impongan barreras (como cuotas o restricciones cuantitativas) para dificultar el flujo comercial internacional. El objetivo de incremento y de facilitación de los intercambios comerciales ha estado presente desde los inicios del GATT.

La regla del artículo XX del GATT establece la posibilidad de excepciones generales al régimen establecido. Así, las disposiciones del Acuerdo no deben impedir la adopción de medidas para proteger, por ejemplo: la moral pública y la salud humana, animal o vegetal; tesoros artísticos e históricos; los recursos naturales agotables y la garantía de los bienes de primera necesidad.

En este sentido, las previsiones contenidas en las excepciones generales ilustran la influencia de la agenda ambiental en la OMC. Sin embargo, el argumento de la protección del medio ambiente cuando utilizado para la adopción de medidas que dificultar el comercio no puede convertirse en una forma disfrazada de proteccionismo. La prohibición de ese tipo de maniobra queda clara a partir de una lectura atenta del preámbulo del propio artículo XX: “A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”.

El reclamo presentado por India, Pakistán, Malasia y Tailandia contra los Estados Unidos (caso del camarón-tortuga), es un ejemplo de controversia en el marco del debate entre medio ambiente y comercio. El mencionado grupo de países asiáticos se insurgió en contra a la prohibición estadounidense de importación de determinados langostinos. El propósito alegado para la prohibición era la protección de las tortugas marinas y las autoridades estadounidenses fundamentaron la decisión en la Ley de Especies en Peligro de Extinción de los Estados Unidos de 1973 que enumeraba cinco especies de tortugas marinas en peligro o amenazadas y exigía que las redes utilizadas para la pesca del camarón tuvieran dispositivos que protegieran las tortugas. El artículo 609 de la Ley 101-102 de 1989 se refiere a las importaciones de camarones, estableciendo que los camarones pescados con tecnologías que presentasen riesgo a las tortugas marinas no podrían ser importados por los Estados Unidos¹⁵.

Al juzgar el caso, el Órgano de Apelación consideró que, si bien es legítimo imponer restricciones comerciales con el fin de proteger el medio ambiente, esto estaría permitido siempre que se cumplan ciertos principios

¹⁵ PIFFER, Carla. “Comércio internacional e meio ambiente: a Organização Mundial do Comércio como *locus* de governança ambiental”. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, jan/jun. 2011, vol.8 nº15, p.111-132, *passim*.

como el de la no discriminación. Finalmente, el órgano consideró que los Estados Unidos había establecido una restricción incompatible con el artículo XI del Acuerdo General, no respaldada por el artículo XX, considerando que no cumplió con los requisitos impuestos en el preámbulo de este último.

Se trata de una restricción impuesta a partir del argumento de salvaguardar especies marinas fuera del territorio estadounidense. Sucede que la medida no se tomó de manera no discriminatoria, mientras que brindó a los socios comerciales del norte, como a Canadá, un trato más ventajoso que aquél impuesto a los países asiáticos. Sobre este tema, Amorim afirma que:

Ocorre, frequentemente, que as medidas que restringem o comércio são consideradas negativas ou ineficazes para a proteção do meio ambiente, sobretudo se desacompanhadas de instrumentos “positivos” voltados para a implementação dos compromissos ambientais, tais como cooperação técnica ou investimento em capacitação. Os casos “atum-golfinho” e “camarão-tartaruga”, envolvendo EUA e México, e EUA e um grupo de países asiáticos, respectivamente, constituem exemplos de extraterritorialidade de uma medida ambiental no campo do comércio internacional. *Em ambos os casos, questiona-se a efetividade da medida de restrição comercial sobre os recursos naturais que se busca preservar, já que a captura de golfinhos e tartarugas, pelos países atingidos pelo embargo, continuou nos níveis anteriores à imposição das medidas.*

Otro caso importante en el sistema de solución de controversias de la OMC en materia ambiental es el caso de los neumáticos. Se trata de una controversia entre Brasil y la Comunidad Europea presentada ante la OMC en 2005, que discutió la prohibición de importaciones de neumáticos remoldados por parte de Brasil. Los países europeos alegaron que sus empresas eran perjudicadas por no poder exportar neumáticos usados a Brasil. También se alegó que Brasil dispensó trato discriminatorio al abrirse a las importaciones de neumáticos usados de países del MERCOSUR manteniendo la restricción en relación a otros países¹⁶.

La Comunidad Europea alegó que Brasil violó los principios de la no discriminación y del trato nacional, y también el principio de eliminación general de restricciones cuantitativas. Brasil, por su parte, planteó que actuaba de conformidad con las prerrogativas otorgadas por el GATT a través de las excepciones relativas a la protección de la salud y la vida de las personas y los animales y la preservación de las plantas (artículo XX, b) de la GATT) y

16 AMARAL FILHO, Alexandre José Mattos do; CHEREM, Giselda da Silveira. “A aplicação dos princípios da OMC a partir da análise do caso dos pneus usados importados pelo Brasil”. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI*. 1º Trimestre de 2014, vol. 5, n°1, p. 01-28, p. 13.

de la excepción sobre uniones aduaneras -que correspondería al MERCOSUR (artículo XXIV del GATT)¹⁷.

Considerando el resultado obtenido en el informe emitido por el Grupo Especial y por el Órgano de Apelación, se puede decir que el reclamo brasileño de proteger el medio ambiente y la salud de la población no prevaleció, consideradas las múltiples decisiones de tribunales internos dictadas durante la disputa que hicieron posible la importación de este tipo de neumáticos. Así, el órgano consideró que los argumentos brasileños, aunque relevantes en relación con el objeto de las excepciones generales, representaban, al final, “disfraces de proteccionismo”, prevaleciendo así la aplicación de los principios del trato nacional y de la no discriminación.

5. EL PERFIL DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EL MANDATO DE LOS MIEMBROS Y OTROS ASPECTOS SUBJETIVOS.

Un sistema de solución de controversias está vinculado a un conjunto de reglas -aun cuando no sea parte de la estructura de una organización internacional. La tarea jurisdiccional de dar eficacia al derecho aplicándolo a los hechos analizados se inserta en marcos jurídicos específicos, es decir, en límites -por regla generales- bien delimitados para la competencia material.

Los límites mencionados pueden ser: 1. Naturales, o tácitos, cuando simplemente extraídos de los tratados y del derecho derivado de las organizaciones internacionales; 2. expresos, cuando los sujetos de derecho internacional los fijan de manera detallada cuando establecido el mandato de las cortes o tribunales; o 3. cuando los propios órganos jurisdiccionales. en el ejercicio de sus funciones, indican su competencia aplicando el principio de kompetenz-kompetenz¹⁸.

La posibilidad de abordaje de un tema específico, presentado como hecho ante un tribunal o corte o utilizado como propuesta de base legal para la toma de decisiones, depende de la admisión de una determinada narrativa por parte del sistema de solución de controversias. Así, un tribunal arbitral creado para resolver disputas comerciales se somete a un conjunto de límites y de dificultades para resolver controversias relacionadas con los derechos humanos. Lo contrario es absolutamente cierto también.

Los temas ambientales están incluidos, también, en esta lógica. Un tribunal o corte internacional sólo puede conocer de una controversia de carácter ambiental a partir de parámetros ambientales si, en primer lugar, existir competencia formal para apreciar el caso concreto y, en cuanto al derecho, si existieren normas dentro de su competencia material que regularmente el tema.

17 *Ibíd.*, p. 14.

18 OLIVEIRA, Henrique Silva. *Considerações sobre o princípio Kompetenz-Kompetenz na lei de arbitragem*. Trigueiro Fontes Advogados: Curitiba, 2005.

Una organización internacional creada en el marco de la racionalidad comercial, por ejemplo, sólo ultrapasa los límites del mercado en la medida en que existan disposiciones sobre otros temas, paralelos al tema principal reglamentado en sus normativas. En el caso específico del MERCOSUR, aunque el Tratado de Asunción sugiera atención a la perspectiva ambiental al consagrar la sustentabilidad en su preámbulo, no existe hoy en el orden jurídico de esa organización internacional un conjunto normativo consolidado sobre el tema que permita aplicarlo como racionalidad predominante por el sistema de solución de controversias¹⁹.

Confrontados con la falta de disposiciones y normas sobre una determinada materia, los órganos jurisdiccionales tienen medios para responder utilizando principios, analogías y métodos alternativos para decir el derecho y resolver los conflictos.

Sin embargo, específicamente en el contexto internacional, las opciones disponibles son bastante limitadas. Por un lado, la propia estructura del sistema presenta obstáculos políticos que dificultan la efectividad de los pronunciamientos. Una corte o un tribunal internacional puede, en teoría, hacer efectivo el derecho en todas sus dimensiones, pero los destinatarios, especialmente los Estados soberanos, deben aceptar la decisión para que la eficacia se concrete. Existen, así, limitaciones estructurales generales a la aplicación del derecho por parte de los sistemas internacionales de solución de controversias.

Además de la limitación general señalada, el modelo de solución de controversias adoptado por el tribunal o corte internacional puede indicar una restricción aún mayor de sus pronunciamientos a la extracción de normatividad en detrimento de la concreción del derecho. En este sentido, la estructuración de un sistema en el marco arbitral refleja la clara voluntad de los sujetos de derecho internacional de limitar la competencia jurisdiccional del órgano de solución de controversias a lo expresamente establecido en sus tratados. Un sistema de arbitraje no permite a los miembros del tribunal que desarrollen conclusiones jurídicas más allá del texto de los tratados. El árbitro debe observar los hechos que se le presentan y reconducirlos al tratado previamente celebrado por las partes²⁰.

Las cortes internacionales, por su parte, tienen un mandato más amplio y, ejerciendo una jurisdicción de carácter judicial, puede desarrollar el derecho de forma más libre con base a principios generales, por ejemplo. El arbitraje limita, de hecho, la posibilidad de concreción, pero retira de los

19 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. "Socio-environmental Disputes within MERCOSUR: Lack of a More Meaningful Cooperation". *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2015, vol. 14, p. 476-497.

20 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "O TPR e o MERCOSUL: os 15 Anos do Feador do Direito Regional". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2019, año 7, n°14, p. 84-96.

árbitros la responsabilidad por la efectividad del laudo. Los jueces de las cortes internacionales, por su parte, tienen la posibilidad de tornar el derecho más efectivo, pero su actuación – cuando irresponsable- puede amenazar la efectividad de sus decisiones cuando el destinatario entiende haber exceso de concreción.

Más allá de las discusiones respecto al alcance de la competencia material de un determinado órgano jurisdiccional a la luz del contenido de sus tratados, merece atención el perfil profesional de los integrantes de las cortes y tribunales internacionales. La conformación de órganos colegiados debe considerar el perfil profesional de los indicados. Un miembro del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o del MERCOSUR suele ser designado por su vinculación temática profesional con temas de comercio internacional, mientras que el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos suele ser elegido por su trayectoria en temas relacionados con la protección del ser humano.

No se puede decir, por supuesto, que el integrante de un sistema jurisdiccional de protección de derechos humanos no estaría habilitado a decidir adecuadamente los litigios relacionados con el comercio internacional, pero la vinculación profesional que motivó su elección para el cargo puede indicar falta de conocimiento del tema.

En relación con la protección internacional del medio ambiente, las limitaciones antes mencionadas se vuelven aún más comprometedoras. Esto se debe a que, por un lado, no existen órdenes normativos internacionales exclusivos para tratar del medio ambiente y tampoco sistemas específicos de solución de controversias -arbitrales o judiciales-.

Por otro lado, cuando las cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente aparecen en litigios o cuando surge la necesidad de utilizar la escasa normativa ambiental internacional, la falta de experiencia reduce también la penetración del derecho ambiental en los sistemas de solución de controversias.

La clave para la comprensión de la dificultad para que el tema ambiental sea incorporado al discurso de los órganos jurisdiccionales internacionales estaría, así: en la falta de organizaciones internacionales estrictamente vinculadas al medio ambiente; en la ausencia de normativa directamente relacionada con el tema en la mayoría de los sistemas jurídicos internacionales existentes; en el perfil profesional de los miembros de los órganos de solución de controversias.

CONSIDERACIONES FINALES

La protección ambiental y los temas comerciales no se comunicaban en el derecho internacional hasta principios de los años 90, cuando no se concebía, por ejemplo, el uso del argumento de las salvaguardas ambientales en disputas comerciales. La protección ambiental era entendida, en diferentes

momentos, como un obstáculo para el desarrollo, especialmente en el caso de los países menos desarrollados.

En la actualidad, existe consenso respecto al carácter difuso de la necesidad de protección del medio ambiente y la sociedad internacional tiene obligaciones jurídicas y debe actuar en conjunto buscando resultados para la efectiva protección.

Las alegaciones relacionadas con la protección del medio ambiente son, sin embargo, todavía muchas veces interpretadas por los órganos técnicos de solución de controversias de las organizaciones internacionales de carácter comercial como herramientas proteccionistas para la imposición de barreras al comercio.

Las razones de este fenómeno se relacionan con el perfil de los jueces de estos órganos, pero tampoco un órgano estructurado para la solución de controversias internacionales parece ser el locus adecuado para la discusión de temas que requieren una acción conjunta y colaborativa de los Estados en materia ambiental.

Es innegable la creciente importancia que organismos internacionales como la OMC y el MERCOSUR le han dado al medio ambiente y la constante evolución de la sensibilización de los propios Estados en relación al tema. Sin embargo, los órganos de solución de controversias de organizaciones internacionales de naturaleza comercial no entregan la eficacia deseada (o esperada) a la protección del medio ambiente en el marco de los principios y normas que rigen la promoción del comercio internacional.

CONFLICTO DE INTERÉS Y FINANCIAMIENTO

Ambos autores declaran no presentar ningún tipo de conflicto de interés y no cuentan con apoyo financiero para su elaboración.

CONTRIBUCIONES DE LOS AUTORES

Fue elaborado con división de los temas tratados, por lo tanto cada uno de los autores realizó un aporte del 50%, es decir en forma equitativa en todas sus partes, por lo tanto constituyen contribuciones individuales y la versión final tiene la aprobación de ambos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL FILHO, Alexandre José Mattos do; CHEREM, Giselda da Silveira. "A aplicação dos princípios da OMC a partir da análise do caso dos pneus usados importados pelo Brasil". *Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI*. 1º Trimestre de 2014. vol 5, nº1, p. 01-28.

AMARAL JR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2013.

AMORIM, Celso. Comércio e Meio Ambiente. *Revista do TCU*, nº 100 (edição comemorativa), Brasília, abr/jun. 2004, p. 28-33.

CARDOSO, Tatiana de A. F. R.. “O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguaí..” .In: MENEZES Wagner; BORGES MOSCHEN Valesca Raizer; WINTER, Luiz Alexandre C. (Orgs.). *Direito internacional*. Florianópolis: Conpedi/FUNJAB, 2013, pp. 299-326.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

OLIVEIRA, Henrique Silva. *Considerações sobre o princípio Kompetenz-Kompetenz na lei de arbitragem*. Trigueiro Fontes Advogados: Curitiba, 2005.

PIFFER, Carla. “Comércio internacional e meio ambiente: a Organização Mundial do Comércio como *locus* de governança ambiental”. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, jan/jun. 2011, vol 8 nº15, p.111-132.

SAVIO, Adriana Macena S. “O caso dos pneus perante a OMC e o MERCOSUL”. *Universitas: Relações Internacionais*, Brasília, jan./jun. 2011, vol 9, nº 1, p. 349-370.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2014.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. “Socio-environmental Disputes within MERCOSUR: Lack of a More Meaningful Cooperation”. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2015, vol. 14, p. 476-497.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “O TPR e o MERCOSUL: os 15 Anos do Fiador do Direito Regional”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2019, Año7, nº14, p. 84-96.



Environmental protection and commercial disputes:
efficiency deficit or inappropriate locus?

Abstract: This article aims to analyze trade disputes related to environmental protection submitted to the dispute settlement system of MERCOSUR and to that one of the World Trade Organization. The research brings an overview on the possible difficulties for the effective promotion of the protection of the environment in systems designed for the solution of trade disputes. Through the analysis of decisions on cases confronted with those standards, the conclusions tend to confirm the hypothesis that trade interests tend to prevail pushing environmental protection a secondary role.

Keywords: Environmental Protection; International Trade; International dispute settlement systems.



Protection de l'environnement et litiges commerciaux : Déficit d'efficacité ou locus insuffisant ?

Résumé: Cet article est consacré à l'analyse des différends commerciaux liés à la protection de l'environnement exposés au système de règlement des différends du MERCOSUR et de l'Organisation mondiale du commerce. La recherche apporte un aperçu des difficultés pour la promotion efficace de la protection de l'environnement dans les systèmes possibles conçus pour la solution des litiges commerciaux. A travers l'analyse des décisions rendues sur des dossiers confrontés à ces normes, les conclusions confirment l'hypothèse selon laquelle les intérêts commerciaux tendent à prévaloir imposant un rôle secondaire à la protection de l'environnement. cas de rupture par un État partie ne soient pas établis.

Mots-clés: Protection environnementale; commerce international; Systèmes internationaux de règlement des différends

RESUMEN BIOGRÁFICO

Raphael Carvalho de Vasconcelos: Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Profesor de Derecho Público de la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Maestría y Doctorado por la USP. Maestría y Doctorado por la UERJ. E-mail: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

Ana Paula Correa de Sales: Profesora Adjunta de Derecho Internacional de la UERJ e de Derecho Constitucional de la Universidade Estácio de Sá. Investigadora del Programa Pesquisa Produtividade (UNESA). Doctorado por la Universidad de Salamanca. Coordinadora del Curso de Derecho de la Universidade Estácio de Sá. E-mail: sales.ana@estacio.br

Third Party Funding and Conflicts of Interest: Is there any way to “Tame the Beast”? A MERCOSUR Overview

Financiamiento de terceros y conflictos de intereses: ¿hay alguna forma de domar a la bestia? Una visión sobre el MERCOSUR

Mauricio Marengo* 

* Vinclum Abogados & Consultores, Asunción, Paraguay.

Abstract: The third-party funding (TPF) market has been growing rapidly in the last few years, especially in the international arbitration field. The benefits along with the potential risks TPF could bear have received a lot of attention. Accordingly, the industry’s appetite for TPF has grown exponentially in short timeframe. Since 2012, this industry has increased by over 500%, with a significant increase of TPF financial support occurring the Arbitration system and the rising number of active funders looking for viable opportunities¹. Considering that “precious little is stated with regards to disclosure”², it has been assessed whether disclosure should be mandatory in order to avoid the possible existence of conflicts of interest between an arbitrator and the funder. This is of particular relevance when it is considered that arbitral institutions establish and ensure that an arbitrator’s independence and impartiality are a must³, yet the arbitral institutions little say regarding the TPF agreements and their impact on arbitrator’s impartiality or independence should a conflict arises.

1 HASHU SHAHDADPURI, Khushboo. “Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory”. In: PRYLES, Michael and CHAN, Philip (eds). *Asian International Arbitration Journal*. Singapore International Arbitration Centre in co-operation with Kluwer Law International, 2016, vol. 12, Issue 2, p. 77 – 106. At 77-78

2 GARIMELLA, Sai Ramani. “Third Party Funding in International Arbitration – Issues and Challenges in Asian Jurisdictions”. *AALCO Journal of International Law*, 2014, vol. 3, Issue 1, p. 45-60, 2014. At 47. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2520393>>

3 Please see: ICC Rules of Arbitration art. 11.1 – ICDR International Arbitration Rules art. 13 – LCIA Arbitration Rules art. 5.3. – UNCITRAL Arbitration Rules art. 12.1

* Email: mmarengo@vinclum.com.py

Received: 24/01/2022. Accepted: 24/08/2022



Resumen: El mercado de financiación de terceros (TPF) ha crecido rápidamente en los últimos años, especialmente en el campo del arbitraje internacional. Sus beneficios junto con los riesgos que podría soportar han recibido mucha atención. En consecuencia, el apetito de la industria por TPF ha crecido exponencialmente en un corto período de tiempo. Desde 2012, esta industria aumentó en más del 500%, en cuanto a la cantidad de acuerdos de financiamiento celebrados y el volumen de financiadores activos en busca de oportunidades viables.

En este sentido, considerando que “se dice muy poco en cuanto a la divulgación”, se analiza si la divulgación debe ser obligatoria para evitar la posible existencia de conflictos de interés entre un árbitro y el financiador. Esto cobra relevancia si se tiene en cuenta que las instituciones arbitrales establecen que la independencia e imparcialidad del árbitro son indispensables, pero poco dicen respecto a los acuerdos TPF y su impacto en la imparcialidad o independencia del árbitro en caso de conflicto.

Keywords: International Arbitration; Third-Party Funding; MERCOSUR.

Palabras clave: Arbitraje Internacional; Financiamiento de Terceros; MERCOSUR.

1. INTRODUCTION

The development of the third-party funding (hereinafter TPF) mechanism has been so rapid that it is already considered to be a new industry. Bearing in mind that TPF is a “popular way to alleviate the financial burden associated with international arbitration proceedings”⁴; as such, it presents a matter that has been discussed in different cases in relation to the disclosure of TPF agreements. There have been debates regarding the extent of the disclosure, what to disclose, in which moment or whom to disclose.

These debates have been made since TPF has blossomed and can no longer be ignored or stopped. This new reality primarily affects the arbitration field, although it is not limited to them. Accordingly, incorporating TPF in arbitration procedures has been the position of several countries that have submitted their comments to the UNCITRAL III Working Group⁵ regarding the initial drafts of the provisions.

That being the case, the comments of the Government of Canada demonstrate a simple position behind: TPF can be the vehicle through which justice is accessed⁶. This, taking into account the potential risks that this

4 KNAAP, Daniel R. “Disclosure of Third-Party Funding in International Investment Arbitration: The Implications of Rule 14 as proposed”. In: *ICSID Working Paper 4*. *World Arbitration and Mediation Review (WARW)*. vol. 13 n°2. JurisNet, LLC. 2019. Available at: <<https://arbitrationlaw.com/books/world-arbitration-and-mediation-review-wamr>>

5 Please see: <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-stat>

6 UNCITRAL WG III – Initial Draft on the Regulation of TPF. Compilation of Comments. Please see: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/>>

mechanism entails, such as: abuse of process, violation of transparency and confidentiality, integrity of the process. It should also be considered that the regulation of TPF should be examined seeking to avoid excessive regulation.

Furthermore, the TPF regulation also brings to attention the matter related to the relationships between the funders and funded parties, the funders and the arbitrators and the funders and the counterparty, where potential conflicts of interest might occur.

Basically, here we address conflicts of interest that arise in the relationship between parties in a dispute. That is, parties, arbitrators, and a funder. In this sense, the arbitrators and the parties are in the nature of a contract, as can be deduced from the bilateral source of an arbitrator's appointment, even when nomination is made at the initiative of one party.⁷ In this contract, the arbitrator must determine how to resolve their competing interests. The adjudicator is not in a position of subordination to the parties⁸. Thus, arbitrators are to tell whether there might be a conflict.

The most important conflict of interest scenario is the one that may exist due to a former or current relationship between the arbitrators and the funder. Here a cornerstone principle in arbitration proceedings - the independence of the arbitrators - is in jeopardy. Therefore, it is important to note that independence is mainly why we try to avoid any possible conflict, which implies that the "arbitrator should not have any actual or past dependent relationship with the parties of a nature to influence the arbitrator's freedom of judgment"⁹.

Another key feature is the impartiality, which "means that the arbitrator should not privilege one party and should not have any prejudgment regarding the question in dispute"¹⁰. It is necessary to understand the crucial role they play when referring to any conflict of interest, since the lack of any of them could give room to challenges and subsequent annulments of awards. These would be the worst-case, yet possible, scenarios considering the grounds listed in Article V of the New York Convention¹¹.

Therefore, avoiding conflicts of interest is not only a matter of proceedings but also of the enforcement of the award as well. In addition, one of the consequences could also be the removal of the arbitrator¹². This

compilation_of_comments_tpf_1.pdf>

7 HASCHER, Dominique. "Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues". *American University International Law Review*, vol. 27, n° 4, 2012, p. 789-806. HeinOnline.

8 UK. THE SUPREME COURT. *Jivraj v. Hashwani* [2010] EWCA Civ 712. Judgment Para. 23. Available at: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0170-judgment.pdf>>

9 LEW, Julian; MISTELIS, Loukas and KRÖLL, Stephan. "Comparative International Commercial Arbitration". Kluwer Law International, 2006. At 261.

10 OSMANOGLU, Burcu. "Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest". *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2015, 32, n° 3, p. 325-350. At 332.

11 UNITED NATIONS. UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Done at New York, 10 June 1958. Available at: <<http://www.newyorkconvention.org/english>>

12 LEW, Julian; MISTELIS, Loukas and KRÖLL, Stephan. Op. cit. At 255.

issue is deeper when it is assessed in light of the absence of rules from institutions about the conflicts of interest, and the mandatory disclosure of TPF agreements.

These potential issues, which are addressed in this paper and at the end, a brief of the current scenario of the TPF in the MERCOSUR countries is made in order to point out how little importance the countries have given this matter.

2. SUBJECT MATTER DEVELOPMENT

A challenge to the arbitrator can occur at any stage. Although it may not be the common practice, since it is more common to challenge an arbitrator when the proceedings are about to start. These challenges – made once the arbitration is in full motion – can affect and delay the continuation of the proceedings¹³. Thus, this can affect not only the outcome, but also to the time an arbitration case might take.

Although it may not be a simple task to do, the outcome that is sought here, in accordance with the principles of the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration¹⁴, is that of reducing the potential conflict of interest between an arbitrator and the funder. Since a potential conflict exists where the funder with whom the arbitrator has a relationship is supporting one of the parties in the ongoing arbitration procedure. In this matter, take for example an arbitrator who is a counsel in another case requiring funding, or an arbitrator serving as a consultant with the funder. In these cases, it might be obvious that the arbitrator could be biased since the outcome would also affect the funder's interests, thus it might affect his or hers too¹⁵. Therefore, the value of disclosure not only rests in the avoidance of possible conflicts of interest but in preventing the arbitration process to be tainted to the point that the execution of the award might be in jeopardy due to undisclosed information. The disclosure of the funding agreement might be objected to by the funders and their representatives by stating that "there is no history of successful challenges to awards based on the failure to disclose the presence of external interests in arbitration. Indeed, a survey of case law reveals not a single instance in the world of any court setting aside or refusing to enforce an arbitral award because of a lack of disclosure of third-party financing"¹⁶.

13 ALLEN, Nathalie; MALLET, Daisy "Arbitrator Disclosure - No Room For The Colour Blind". *Asian International Arbitration Journal*. Singapore International Arbitration Centre (in cooperation with Kluwer Law International). Kluwer Law International, 2011, vol. 7, Issue 2, p. 118 – 147.

14 Please see General Standard 3 of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest 2014.

15 HU, Yue. "Mandatory Disclosure of Third-Party Funding in International Arbitration". *Peiking University of Transnational Law Review Blog*. Last accessed January 25, 2020. Available at: <<http://stllawreview.com/index.php/2019/04/20/mandatory-disclosure-of-third-party-funding-in-international-arbitration/>>

16 BOGHART, Christopher. "Deeply Flawed: A Perspective on the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding". *Buford Capital LLC Blog*. Last accessed January

Nonetheless, as Boghart has attested “disclosure in arbitration exists so that arbitrators can check for potential conflicts and thereby preserve the integrity of the award and minimize the risk of post-award challenge”¹⁷, the importance of this is decisive considering the risks of leaving room available to delays in the proceedings or giving grounds to possible annulment of the award.

The seriousness of avoiding conflicts of interest dwell not only in the interest of the funded party – and the funder – to obtain a favorable award, thus *win* the case, but also in avoiding delays, suspensions and future annulments of the award due to undisclosed possible situations that might have led to conflicts of interest. Hence, it is stated from the beginning that to avoid these conflicts the only way forward is by the incorporation of TPF agreements.

TPF cases have brought with them the issue of whether it is important or not to reveal who is the funder and how involved they are in the case¹⁸. Thus, the issue here is that of regulating the disclosure and the extent of disclosure. In this regard, considering that TPF “is an inevitable commercial reality that cannot be suppressed any longer”¹⁹, it is important to note that the first-ever attempt at voluntary self-regulation by litigation funders is the Code of Conduct of the Association of Litigation Funders in the UK²⁰, which could apply not just to funders based in England and Wales, but arguably also to other funders of arbitrations seated in other jurisdictions²¹. Its effectiveness has been doubted given that it only applies to the members of the Association, therefore it cannot be taken as official regulation of TPF in litigation²².

Currently, there is no widespread requirement to disclose the presence or identity of funders. There are no uniform standards regarding how to do it

25, 2020. Available at: <<https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/deeply-flawed-a-perspective-on-the-icca-queen-mary-task-force-on-third-party-funding/>> 17 Ibid.

18 Please see: GOLDSMITH, Arer; SCHERER, Maxi. . “Third Party Funding in International Arbitration in Europe. Part I: Funders’ Perspectives”. *International Business Law Journal, Roundtable* 2012, vol. 2, p. 207-219. Where the hands-on and hands-off approach is explained succinctly. Also: BEISNER, John; MILLER Jessica; RUBIN. “Selling Lawsuits, Buying Trouble. Third-Party Litigation in the United States”. U.S. Chamber Institute for Legal Reform, 2009. Available at: <https://instituteforlegalreform.com/wp-content/uploads/2020/10/Still_Selling_Lawsuits_-_Third_Party_Litigation_Funding_A_Decade_Later.pdf>

19 HASHU SHAHDADPURI, Khushboo. *Supra* note 1. At 78.

20 ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS OF ENGLAND & WALES. Available at: <<https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/>>

21 KALICKI, Jean. “Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 1 of 2)”. *Kluwer Arbitration Blog*, March 13, 2012. Last accessed February 2, 2020. Available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/13/third-party-funding-in-arbitration-innovation-and-limits-in-self-regulation-part-1-of-2/>>

22 KALICKI, Jean. “Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 2 of 2)”. *Kluwer Arbitration Blog*, March 14, 2012. Last accessed February 2, 2020. Available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/14/third-party-funding-in-arbitration-innovations-and-limits-in-self-regulation-part-2-of-2/?print=pdf>>

and to what extent. One example is the Canada-EU Trade Agreement “CETA”²³, chapter 8, section F, addresses the TPF subject and it establishes mandatory disclosure stating “the disputing party benefiting from it shall disclose to the other disputing party and to the Tribunal the name and address of the third-party funder”²⁴. Although the burden of disclosure is on the funded party, the extent of the disclosure is limited to the name and address of the funder. Another example is the Singapore International Arbitration Center “SIAC”²⁵, which in its Investment Arbitration Rules of 2017²⁶ established as a discretionary power of the tribunal the possibility to order the disclosure of a funder and details of an agreement, but it is not mandatory for the parties²⁷. This demonstrates that there is not a unique line on how the disclosure of TPF agreements are regulated. Notwithstanding this fact, in many jurisdictions the TPF is left unregulated²⁸.

Appropriately, regulating the disclosure by the funded party of the existence and identity of funders is necessary so that arbitrators could make appropriate disclosures and decisions regarding potential conflicts of interest²⁹. Accordingly, in this regard it was proposed within the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding that “instead of a general presumption of disclosure as a matter of course in every case, it should be more tailored to actual potential conflicts. Under this view, the Principles [on conflicts of interest] should only confirm the authority of arbitrators and arbitral institutions to request disclosure of such information, as needed, and allow parties and funders to make disclosures of material facts that they agree arbitrators should consider”³⁰.

Furthermore, the lack of legal regulation of TPF is rather problematic as funding agreements are getting more and more common in practice³¹. With this in mind, it is also significant to point out that many observers still consider

23 Text of the Agreement available at: <<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>>

24 EUROPEAN COMMISSION. “EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement” (CETA). Art. 8.26.

25 Please see. SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. Available at :< <https://www.siac.org.sg>>

26 Text of the Investment Arbitration Rules available at: <<https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf>>

27 SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. SIAC Investment Arbitration Rules, Rule 24 (L).

28 THRASHER, Rachel Denae. “The Regulation of Third Party Funding: Gathering Data for Future Analysis and Reform”. *Law and Justice in the Americas Working Paper*, Series 9. 2018. Available at:< <https://lawdigitalcommons.bc.edu/ljawns/9>>

29 Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration (hereinafter Task Force). The ICCA Reports Nr. 4. 2018. At 83. Available at: <<https://www.arbitration-icca.org/publications/Third-Party-Funding-Report.html>>

30 Ibid. At 84.

31 COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR. ICC Commission Report: Decision on Costs in International Arbitration. ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015, Issue 2, p. 45. Available at:<<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>>

the TPF industry as the “wild west” due to a lack of regulation relating to the practice in many countries. Many of the countries who do have regulations suffer from a lack of uniformity and an array of conflicting laws at the sub-national level (i.e., the laws of states, provinces, territories, etc.)³².

In the current scenario of TPF is still unclear whether a party would be required to disclose the existence of a funding arrangement to the adverse party, the administering institution, or potential arbitrators. This hesitation engenders the chance of undisclosed conflicts that could threaten the fairness or enforceability of awards. In some cases, disclosure may proceed transparently and thus lessen the probability of conflicts surfacing only late in the case³³. In this vein, in *Oxus Gold PLC v. Republic of Uzbekistan*³⁴, the Tribunal stated that the presence of a third-party funder “has no impact on [the] arbitration proceeding”³⁵. Nevertheless, this is not to be the common practice as would be seen below.

2.1. How to Regulate Disclosure?

The idea of non-disclosure holds authority since the rationale that explains it is that imposing a general duty to disclose appears oddly paternalistic, as it is in the funders and the funded party’s own best interest to disclose. In a case of a potential conflicts between the funder and an arbitrator, the former would be aware of the need to guarantee that no such conflicts exist in order to avert the award from being set aside or not enforced, since it otherwise risks losing its investment³⁶.

However, regulated or not, the use of TPF in arbitration cases is a development that is here to stay. The genie is out of the bottle, and no one has suggested that it ever may be persuaded to return³⁷. This is not because of his unwillingness to return to the bottle, but because practitioners, institutions and prospects of parties could be severely affected should it go back. Therefore, it is necessary to understand how the issues pertaining to regulation can be resolved.

Disclosure regulation can be implemented properly addressing the issues that TPF poses for international arbitration. Basically, it is intended to prove that disclosure is a useful tool for mitigating the possible downsides, such as conflicts of interest, while preserving the upsides, such as access to

32 SHANNON, Victoria A. “Harmonizing Third-Party Litigation Funding Regulation”. *Cardozo Law Review*, February 2015, vol. 36, n°. 3, p. 861-912. HeinOnline.

33 KALICKI, Jean. *Supra* note 21.

34 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Oxus Gold PLC v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL Case. Available at: <<https://www.italaw.com/cases/781>>

35 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). Final Award, 17 August 2015. Para. 127. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238_2.pdf>

36 VON GOELER, Jonas. “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”. *International Arbitration Law Library*, vol.35, 2016. At 151.

37 KALICKI, Jean. *Supra* note 21.

justice³⁸. Not only is it desirable to regulate the disclosure of TPF agreements to avoid possible conflicts of interest, partiality, or dependence from an arbitrator, or to avoid unnecessary delays, but for the sake of transparency during the proceedings as well. The first and probably the most compelling legal argument in favor of disclosure is the need to maintain the independence and impartiality of arbitrators³⁹.

There are few rule-making bodies that have implemented disclosure regulations directed toward TPF in arbitration⁴⁰. This is more evident in the investment field, though, there have been efforts to regulate the disclosure of TPF within this industry. In ICSID, during the Rules and Regulations Amendment Process, the disclosure of TPF was included⁴¹. To comprehend how new this topic is it can be mentioned that on August 16, 2019, the ICSID Secretariat published its Working Paper #3 on Proposals for Rule Amendments⁴². It is established within the document that a party shall disclose the name of any non-party from which the party, affiliates or representatives received funds⁴³, and in its Note to the Rule it was explained that sovereign States generally recognize that TPF is a mechanism that provides important benefits by enhancing access to arbitration to small and medium enterprises.

Yet, before the debate on how to regulate disclosure had begun, several investment tribunals had ordered it. However, the way they have done so is interesting to highlight since it is clear that no single unified criteria about disclosure and the extent of it existed at that time. We can reference that in *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. The Slovak Republic*⁴⁴ the tribunal ordered the claimants - who had already disclosed that their claim was financed by an outside funder⁴⁵ - to disclose the identity of the funder⁴⁶. Only the identity was required. Now, in *South American Silver Ltd. (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia*⁴⁷ the tribunal ordered the

38 MOSELEY, Sarah. "Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration". *Texas Law Review*, vol. 97, n°6, May 2019, p. 1181-1203. HeinOnline.

39 DE BRABANDERE, Eric; LEPELTAK, Julia. "Third Party Funding in International Investment Arbitration". *Grotius Centre Working Paper* No. 2012/1. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2078358>>. At 385>

40 Ibid. At 1192.

41 INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Rules and Regulations Amendment Process. Available at: <<https://icsid.worldbank.org/en/amendments>>

42 INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Proposal for amendment of the ICSID rules. *Working Paper*, August 2019, n°3, vol.1. Available at: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf>

43 Ibid. ICSID Arbitration Rules, Rule 14 Notice of Third-Party Funding.

44 INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v Slovak Republic*, ICSID Case Nr. ARB/14/14. Available at: <<https://www.italaw.com/cases/3210>>

45 Ibid. Respondent's Application for Provisional Measures. Para. 32. Available at: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6263.pdf>>

46 INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v Slovak Republic*. *Supra* note 44. At 145.

47 PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA) *South American Silver Ltd. (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia*. UNCITRAL PCA Case 2013-15. Available at: <<https://pca-cpa>.

claimant to reveal its funder's identity "for purposes of transparency"⁴⁸ and rejected the submission to disclose the terms of the agreement⁴⁹. Also in another ICSID case, *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*⁵⁰, the tribunal went further, ordering the claimant to disclose the names and details of the funder along with the terms of that funding agreement "to ensure the integrity of the proceedings (...) since it considers that transparency is important in cases like this"⁵¹. This shows that revealing the presence of a funder was considered by the tribunals even though the absence of any rule or guidelines regarding it. Nevertheless, we can see no uniformed standard about the extension of the disclosure.

In this regard, the opinion of the users of the international arbitration system is likely to incline towards the need for regulation, as it has shown the Queen Mary and White & Case 2015 Survey⁵², in which 71% of its respondents felt that the disclosure of third party funding should be regulated⁵³. This necessity turns imperative since the non-disclosure could potentially disrupt the arbitral process if an arbitrator learns about the existence of the funding agreement during the course of the proceedings⁵⁴. It is likely that if this happens, the award would probably be challenged. Therefore, we must analyze how regulation can take place:

a) Regulation of disclosure by legal texts

It is a fact that Arbitration Rules are slowly adapting and updating to the existence of TPF in international arbitration. The rules tend to establish the principle of disclosure of TPF⁵⁵. This appears as one of the ways the beast can be tamed.

In this sense, the favorable point is that instruments bring certainty and consistency to the treatment of this subject. Many tribunals have already

org/en/cases/54/>

48 PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA). Procedural Order Nr. 10, 11 January 2016. Para. 79. Available at: <<https://pcacases.com/web/sendAttach/1562>>

49 Ibid. Para. 80.

50 INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Muhammet Cap & Sehil Infaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*. ICSID Case Nr. ARB/12/6. Available at: <<https://www.italaw.com/cases/2036>>

51 Ibid. Procedural Order n°3, 12 June 2015. Para. 9. Available at: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>>

52 QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON AND WHITE & CASE. "2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration". Available at: <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf>

53 Ibid. At 47.

54 SCHERER, Maxi. "Out in the Open?" Third-Party Funding in Arbitration". *Commercial Dispute Resolution Blog*, 2012. Last accessed February 3, 2020. Available at: <<https://www.cdr-news.com/categories/expert-views/out-in-the-open-third-party-funding-in-arbitration>>

55 ACERIS LAW LLC. "Disclosure of Third-Party Funding in International Arbitration". 29 December 2017. Last accessed February 3, 2020. Available at: <<https://www.acerislaw.com/disclosure-third-party-funding-international-arbitration/>>

addressed legal issues arising from TPF⁵⁶. Nevertheless, those can serve as starting points or last resort. Things shall not stay the way they are considering that there is no doctrine of binding precedent or *stare decisis* in international arbitration⁵⁷. Furthermore, the lack of regulations results in unpredictability. Accordingly, in order to foster predictability within the arbitral institutions, the incremental movement toward greater transparency will continue to gain support as parties realize the benefits of greater control (of what?) which translates in foreseeability⁵⁸.

Thus, it is almost impossible to mention the duties of disclosure without referring to transparency. Here the regulation of disclosure by legal instruments can represent an improvement for the users since they promote: 1) increase in use of information provided by the system; 2) enhance in the accuracy or quality of information provided; and, 3) extends the scope of information provided by the system⁵⁹. Now, disclosure obligations target specific information for defined regulatory purposes, whereas transparency rules apply to the activities of an institution, without regard to the nature of the information involved⁶⁰. Then, mandatory disclosure obligations can promote transparency when the availability of specific categories of information allows monitoring of decision making⁶¹.

To understand how this issue is addressed, we can refer to the SIAC Rules of Arbitration which dedicates three different articles to TPF⁶². Not limited to the additional powers of the tribunal⁶³, the SIAC Rules state the right of the tribunal to order the disclosure, along with the identity of the funder or the source of the funding. Finally, it allows the possibility of disclosing the interest of the funder in the outcome of the proceedings⁶⁴. Similarly, the “CETA” establishes mandatory disclosure⁶⁵. Likewise, ICSID suggested mandatory disclosure in its new proposed rules amendment⁶⁶. It imposes a new obligation on the parties to disclose whether they have TPF, the source of it, and to keep such disclosure of information current through

56 MOSELEY, Sarah. “Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration”. *Texas Law Review*, May 2019, vol. 97, nº 6, p. 1181-1203. At 1193.

57 COMMISSION, Jeffrey P. “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”. *Journal of International Arbitration*, vol. 24, nº 2, 2007. p.129–158. Kluwer Law International. Available at: <https://www.linklaters.com/pdfs/Insights/us/JOIA_Article.pdf>

58 ROGERS, Catherine A. “Transparency in International Commercial Arbitration”. *University of Kansas Law Review*, vol. 54, nº 5, June 2006, p. 1301-1338. HeinOnline.

59 WEIL, David. “The Benefits and Costs of Transparency: A Model of Disclosure Based Regulation”. *John F. Kennedy School of Government, Harvard University*, June 2002. At 14. Available at < <https://ssrn.com/abstract=316145> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.316145>>

60 ROGERS, Catherine A. *Supra* note 58. At 1310.

61 *Ibid.*

62 SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. Rules. *Supra* note 26.

63 *Ibid.* Art. 24.

64 *Ibid.* Arts. 33 & 35.

65 CETA. *Supra* note 23.

66 ICSID Arbitration Rules, Rule 14 Notice of Third-Party Funding. *Supra* note 41

the proceeding. Still, they are not required to disclose the funding agreement or its contents for this purpose⁶⁷.

Furthermore, the ICC understands the importance of the regulation of the disclosure issue as demonstrated by the publication of its Guidance Note for the disclosure of conflicts by arbitrators⁶⁸. This provides the arbitrators a manual with detailed issues that could potentially put at risk their independence and impartiality, including the existence of TPF⁶⁹.

Another good example of how the regulation takes place is the Hong Kong Code of Practice for TPF in Arbitration⁷⁰, which came into effect in February 2019. It applies to funders and it leaves the burden of disclosure to them since it includes an obligation to monitor and disclose possible conflicts of interest with the members of the arbitral tribunal⁷¹.

Finally, maybe the most important legal text is the EU-Vietnam Investment Protection Agreement (IPA)⁷², although it is not ratified yet. This instrument addresses the issue of TPF, for the first time ever in an Investment Protection Agreement. It stipulates control of TPF in three ways: mandatory notification of TPF to the Tribunal and the other non-funded party, how to comply with this duty, and its connection with granting orders of security for costs and allocation of costs. Specifically, the documents that are to be disclosed include "the existence and nature of the funding agreement and the name and address of the funder"⁷³. This provision is important for the sake of this study since it could set a trend for the future of BIT or FTA to be signed, it can accurately show how to tame the beast.

To conclude, it has been analyzed how the disclosure of TPF agreements is being regulated by different legislative instruments or hard law. Although they may vary in the extent of the required disclosure or whose duty it is to reveal the existence of a TPF, it can be said that in the last decade the trend is set and it is towards the disclosure of very little information about the funder, as it is the case of the EU-Vietnam IPA.

b) The self-regulation way

Here the ethical category is a unifying principle that runs throughout the

67 GILCREST, Sarah. "When Peer Pressure Is Not Enough: Mandatory Disclosure and Third-Party Funding". *Arbitration Brief*, vol. 6, n°1, 2019, p. 60-81. HeinOnline.

68 Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration (with the inclusion of the Guidance Note). Available at: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>>

69 Ibid. Para. 28.

70 Full text of the Hong Kong Code of Practice for Third Party Funding in Arbitration available at: <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20182249/egn201822499048.pdf>>

71 Ibid. Art. 2.7.4.

72 The texts of the Free Trade Agreement along with the Investment Protection Agreement is available at: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>

73 EU-VIETNAM INVESTMENT PROTECTION AGREEMENT. Art. 3.37.1. Available at: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157394.pdf>

codes of conduct⁷⁴. Funders are self-regulating the ethics of their profession through codes of conduct and best practices⁷⁵. In the United States, there is the American Legal Finance Association “ALFA”⁷⁶, and in England and Wales there is the Association of Litigation Funders “ALF”⁷⁷. Both organizations have issued codes of conduct for their members⁷⁸. Even the individual funders have best practices and codes of conduct. As an example, we can cite IMF Bentham Ltd., that released a Code of Best Practices for itself⁷⁹.

Likewise, the Conseil de l’Orde (Paris Bar Council) has adopted a resolution⁸⁰ indicating its support for TPF best practices. It aims to confirm that this industry is in the interest of clients and counsels, particularly in the international arbitration field⁸¹. This shows that even the countries with a civil law rather than common law can adopt self-regulation TPF issues.

Interestingly, in Brazil the TPF industry is not regulated. Nonetheless, the Centre for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada “CAM-CCBC”⁸² seeking to self-regulate this matter issued the Administrative Resolution No. 18⁸³, which is a five-article resolution in which *recommends* the parties to report the existence of TPF at the earliest opportunity. It also requires full information about the funder in said communication⁸⁴. This way, funders, arbitrators and practitioners can rely on this administrative resolution to regulate the disclosure. The approach taken by the CAM-CCBC is unusual since it seems to understand that it lacks the power to coerce the parties to comply with the resolution, hence it simply *recommends* them to disclose the presence of funders.

Now, being unwilling to disclose funding due to the lack of rules, in the hope that if they lose they could “discover” a conflict of interest between an

74 SHANNON, Victoria A. *Supra* note 32. At 911.

75 ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS OF ENGLAND & WALES. See *supra* note 20,

76 AMERICAN LEGAL FINANCE ASSOCIATION (ALFA). Available at: <<https://americanlegalfin.com/>>

77 ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS OF ENGLAND & WALES. See *supra* 20.

78 AMERICAN LEGAL FINANCE ASSOCIATION (ALFA). *Code of Conduct*. Available at: <https://americanlegalfin.com/alfa-code-of-conduct/> and ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS. *Code of conduct*. Available at: <<https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/>>

79 BENTHAM, Jeremmy. *Code of Best Practices*. Available at: <https://www.benthamimf.com/docs/default-source/default-document-library/code-of-best-practices-2018.pdf?sfvrsn=e44fd6cd_24>

80 FRANCE. CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX. Full text of the Resolution. Available at: <http://www.avocatparis.org/system/files/publications/resolution_financement_de_larbitrage_par_les_tiers.pdf>

81 *Ibid*.

82 CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). Resolution n°18, 2016. Available at: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/>>

83 Full text of the Administrative Resolution available at:<<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>>

84 *Ibid*. Art. 4.

arbitrator and funder would be a terrible idea⁸⁵. Not only is it a reproachable conduct, but it may also engender to a lack of good faith which is a general duty in the arbitration process⁸⁶. Nevertheless, even though there is not an obligation to disclose, the good faith duty should not be required to ask a party to disclose its funder⁸⁷.

To sum up, we can see that self-regulation may have the benefit of standardizing certain conducts and it helps to fill the void where regulation is absent. It lacks coercive power though, since it cannot be imposed to the practitioners as is the case of the ALFA Code of Conduct⁸⁸. Therefore, the lack of enforcement leaves the scenario at the individual wills of the parties to comply and this is not recommendable since they can just decide not to disclose information.

c) Taming the Beast: a hybrid way

As a third option for the regulation of this subject is soft law, which can be adopted by the tribunals and institutions at any time. In this connection, the IBA Guidelines for Conflicts of Interest were the first instrument specifically addressing TPF. Nonetheless, they are *only* soft law.

Still, General Standard 6(b) and its explanation refer to funders as any person or entity that is contributing funds, or other material support, to the prosecution or defense of the case that has *a direct economic interest* in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. This seems like a broad definition, encompassing multiple types of funders, funding mechanisms and interests (e.g. lawyers' contingency fees), but a broader analysis will not be undertaken here and there are already doubts as to whether the standard will effectively clarify the issue of TPF⁸⁹. Therefore, as we can see here, international institutions and organizations have begun to address the involvement of funders.

Furthermore, the industry is increasingly requiring a clear, uniform and binding regulatory framework within the field of international arbitration. This is confirmed by the results of the Queen Mary and White & Case 2015 Survey⁹⁰, where the 71% expressed their desire for regulating the industry. In

85 GILCREST, Sarah. "When Peer Pressure Is Not Enough: Mandatory Disclosure and Third-Party Funding". *Supra* note 67. At 79.

86 LÉVY, Laurent; BONNAN, Régis. "Third-Party Funding: Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings" in ICC INSTITUTE OF WORLD BUSINESS LAW AND OTHERS (eds). "Third-party Funding in International Arbitration". International Chamber of Commerce, 2013, at 80. 87 *Ibid.* At 81.

88 SHANNON, Victoria A. "Harmonizing Third-Party Litigation Funding Regulation". *Supra* note 32. At 912.

89 ILIESCU, Marius Nicolae. "A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact". *Kluwer Arbitration Blog*, May 2, 2016. Last accessed February 5, 2020. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/#_ftn3>

90 QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON AND WHITE & CASE. "2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration". *Supra* note

this regard, disclosing the presence of a funder and the identity from the outset of the arbitration proceeding, both to the arbitrators and to the non-funded party, is essential for the integrity and legitimacy of the arbitral system⁹¹.

Accordingly, it is important to note that imposing the duty of disclosure on the parties would be consistent with the general obligation on parties to international arbitration to disclose any fact that may be relevant to the arbitral tribunal⁹². In this respect, the General Standard 7(a) of IBA Guidelines on Conflicts of Interest of 2004, which is not the current version, yet this part was not amended by the 2014 version, considered the duty to disclose to the parties, but this means that not only the parties have this obligation. In this line, Trusz suggested that any relationship with third-party funders should be imposed also on the arbitrators, requiring them to make such a disclosure in their statement of impartiality and independence⁹³.

Now, the advantage of great upper hand the IBA Guidelines provide is that they are soft law and any arbitral institution in any case can refer to them, unless the parties establish otherwise. Nevertheless, its disadvantage is the enforceability as it is the case with the self-regulation. Thus, the same principle can apply with self-regulation and with this holistic approach offered by the IBA Guidelines, which can be summarized in the fact that the reputation of TPF could be put at risk by a failure by funders to comply with the new regulations⁹⁴. Therefore, it might not resolve the issue of the urgency of regulation in this subject.

This need or urgency for mandatory disclosure on the existence of the funder was exemplified in the case of *Ecuador v Chevron*⁹⁵. In that case, thanks to the imposed disposition on the party's attorney it was revealed the various conflicts that were present between the parties in the litigation due to the existence of a funder in the case, which created turmoil in the case. In view of the quantity of conflicts arising with even greater frequency in international arbitration, it is worrisome that no mechanism currently exists to ensure that the presence of funders is disclosed⁹⁶.

52.

91 BLAVI, Francisco. "It's About Time To Regulate Third Party Funding". *Kluwer Arbitration Blog*. December 17, 2015. Last accessed February 5, 2020. Available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com.ubproxy.ub.uni-heidelberg.de/2015/12/17/its-about-time-to-regulate-third-party-funding/>>

92 FRIGNATI, Valentina. "Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration". *Arbitration International*, vol. 32, Issue 3, September 2016, p. 505–522. Available at: <<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw011>>

93 TRUSZ, Jennifer. "Full Disclosure: Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration". *Georgetown Law Journal*, Vol. 101, No. 6, August 2013, p. 1649-1682. At 1677.

94 BLAVI. *Supra* note 91.

95 PERMANENT COURT OF ARBITRATION. PCA Case No. 2009-23. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23. Available at: <<https://www.italaw.com/cases/257>>, also see: UNITED STATES DISTRICT COURT, SD NEW YORK. *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F. Supp. 2d 581. March 7, 2011. Available at: <<https://www.courtlistener.com/opinion/2477256/chevron-corp-v-donziger/>>

96 HASHU SHAHDADPURI, Khushboo. *Supra* note 1. At 91.

3. REGULATION STATUS IN THE MERCOSUR

As the TPF deals are blooming, the MERCOSUR region is not apart from that. Some mentions have been made already regarding its status in the MERCOSUR. Nonetheless, we can assert that the current scenario in the MERCOSUR is that of uncertainty, since there are no clear rules in any of its country members that address this matter.

Although, some considerations have been made by Arbitral Institutions in the MERCOSUR region. In this sense, those who have shown some signals of dealing with TPF are Brazil and Argentina. Unfortunately, that was not the case with Uruguay and Paraguay.

3.1. Argentina

The Arbitration Rules of the Chamber of Commerce and Services⁹⁷, which have been modified and updated in 2017, refers to Class Arbitration in its Annex IV. Here, it establishes that “all the financing agreements must be communicated to all parties, and it must be approved by the Arbitration Court, which may require assurances regarding the prohibition for third parties to influence the arbitration process”⁹⁸. No other mention has been found in this country that can shed some light on the regulation of TPF.

3.2. Brazil

The CAM-CCBC center is the pioneer in this matter in MERCOSUR. As we previously mentioned, this Center 2016 through Administrative Resolution No. 18/2016⁹⁹, established as a recommendation or guideline that the parties report the existence of a funder as soon as possible, along with their full details (name and address).

In this line of thought, the Chamber of Conciliation, Mediation and Arbitration of the Center of Industries of Sao Paulo (CIESPE)¹⁰⁰ has also regulated disclosure in TPF cases, through Resolution No. 6/2019 where it is also recommended to the funded party the disclosure of the existence of a third-party funder.

3.3. Paraguay and Uruguay

In Paraguay, the CAMP (Center for Arbitration and Mediation of Paraguay) modified its arbitration rules in 2021 but has not included provisions related to TPF. This has been a great opportunity that was not taken advantage of – from this point of view – by the CAMP since the regulations are quite modern but could have been better if these provisions

97 CÁMARA ARGENTINA DE COMERCIO Y SERVICIOS. Available a: <<https://www.cac.com.ar/>>

98 Please see: <https://www.cac.com.ar/data/documentos/20_Reglamento%20de%20Arbitraje%20CEMARC%20v.17.05.2017.pdf>

99 *Supra* note 82.

100 CÁMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO. *Resolução n°6/2019*. <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/Resolucao_n_6.2019.pdf>

were addressed. This might be a missed chance for the CAMP and we hope that some sort of regulation comes in the next years.

As to Uruguay, we have not found in the Rules of the Conciliation & Arbitration Center, provisions on TPF. The case with these countries shows how little improvement has been made in terms of development of TPF within the MERCOSUR country members.

CONCLUSION

To sum up, the regulation of TPF is a need considering the confidential nature of both commercial arbitration and the TPF industry. They could present too many problems to allow the issue of arbitrator's conflicts of interest to remain unresolved¹⁰¹. The need for the discovery of TPF presence grows every day between funders and clients, considering overall that this industry is neither a menace nor a panacea but an inevitable commercial reality which has tangible benefits to offer in international arbitration, once it can be properly reined in¹⁰².

Now, this need of regulation can be made in two ways: by hard law or by self-regulation. From this point of view, the better way to cope with this matter is with hard law, which fortunately appears to be the trend towards the future of third party funding as the EU-Vietnam FTA along with the Singapore and Hong Kong legislation have showed, as the ICSID has proved to be open to include between its amendments the disclosure of the presence of TPF and as the ICC has also showed in its guidance note. It is crucial to understand that the arbitral institutions and creators of the ad hoc arbitration rules should take it upon themselves to require disclosure by both the arbitrators and the funded parties¹⁰³. This recommendation by no means intends to minimize the huge positive impact that self-regulation has brought to the industry. On the contrary, it is asserted that the self-regulation instruments shall serve as a basis for future hard law instruments since the contributions of the ALFA, ALF and CAM-CCBC is undeniable.

We consider that the MERCOSUR region needs to jump on the bandwagon and address this subject as its importance requires. Some crucial steps have been made, primarily in Brazil, but more needs to be done to properly insert the region in the hot topics of discussion. The MERCOSUR members need to start working together because the TPF industry is not going to go away and prohibition might not be the path forward since the institution is already accepted in international arbitration centers, as have been shown in this paper.

In summary, the "beast" is unleashed which means TPF is here to stay. The proposal to solve the lack of clarity regarding the disclosure of TPF agreements is to regulate them with hard law, which would not mean to

101 TRUSZ, Jennifer. *Supra* note 91. At 1681.

102 HASHU SHAHDADPURI, Khushboo. *Supra* note 1. At 106.

103 TRUSZ, Jennifer. *Supra* note 91. At 1682.

set aside or ignore soft law. The great contribution of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest is not ignored, they serve the purpose of support for hard law, arbitral institutions, arbitration and practitioners. Finally, the proposal not only means the regulation of the disclosure but also its extent. It is best that the extent of the disclosure is limited to the general information of the funder, not to the entirety of the funding agreement.

CONFLICT OF INTEREST AND FINANCING

The author declares that there is no conflict of interest in the preparation of the article and does not have institutional funding.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

ACERIS LAW LLC. *Disclosure of Third Party Funding in International Arbitration*. December 29, 2017. Available at :< <https://www.acerislaw.com/disclosure-third-party-funding-international-arbitration/>>

ALLEN, Nathalie; MALLET, Daisy “Arbitrator Disclosure - No Room for the Color Blind”. *Asian International Arbitration Journal*. Singapore International Arbitration Centre (in cooperation with Kluwer Law International). *Kluwer Law International*, vol. 7, n°2, p. 147, 2011.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (ICDR). *ICDR International Arbitration Rules*. Available at: <https://www.icdr.org/rules_forms_fees>

AMERICAN LEGAL FINANCE ASSOCIATION (ALFA). *Code of Conduct*. Available at: <<https://americanlegalfin.com/alfa-code-of-conduct/>>

ARBITRATION AND ADR WORLDWIDE (LCIA). *Arbitration Rules*. Available at:<https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Lcia-arbitration-rules-2020.aspx>

ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS. *Code of conduct*. Available at: <<https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/>>

BEISNER, John; MILLER Jessica; RUBIN. “Selling Lawsuits, Buying Trouble. Third-Party Litigation in the United States”. U.S. Chamber Institute for Legal Reform, 2009. Available at: <https://instituteforlegalreform.com/wp-content/uploads/2020/10/Still_Selling_Lawsuits_-_Third_Party_Litigation_Funding_A_Decade_Later.pdf>

BENTHAM, Jeremy. *Code of Best Practices*. Available at: <https://www.benthamimf.com/docs/default-source/default-document-library/code-of-best-practices-2018.pdf?sfvrsn=e44fd6cd_24>

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Batoche Book. Kitchener, 2000. Available at: <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>>

BLAVI, Francisco. “It’s About Time To Regulate Third Party Funding”. *Kluwer Arbitration Blog*, December 17, 2015. Available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com.ubproxy.ub.uni-heidelberg.de/2015/12/17/its-about-time-to-regulate-third-party-funding/>>

BOGHART, Christopher. “Deeply Flawed: A Perspective on the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding”. *Burford Capital LLC Blog*. Available at: <<https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/deeply-flawed-a-perspective-on-the-icca-queen-mary-task-force-on-third-party-funding/>>

CÁMARA ARGENTINA DE COMERCIO Y SERVICIOS. Available at: <<https://www.cac.com.ar/>>

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO. *Resolução nº6/2019*. Available at: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/Resolucao_n_6.2019.pdf>

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). Available at: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/>

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). *AR 18/2016 – Center for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada, Recomendaciones sobre la existencia de financiamiento de terceros en arbitrajes administrados por CAM-CCBC*. Available at: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ar-18-2016-recommendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-ccbc/>>

CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE COMERCIAL DE LA CÁMARA ARGENTINA DE COMERCIO Y SERVICIOS. *Reglamento de arbitraje*. Available at: <https://www.cac.com.ar/data/documentos/20_Reglamento%20de%20Arbitraje%20CEMARC%20v.17.05.2017.pdf>

COMMISSION, Jeffrey P. “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2007, vol. 24, nº 2, p. 129–158. Available at: <https://www.linklaters.com/pdfs/Insights/us/JOIA_Article.pdf>

DE BRABANDERE, Eric; LEPELTAK, Julia. "Third Party Funding in International Investment Arbitration". *Grotius Centre Working Paper*, n° 2012/1. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2078358>>

EUROPEAN COMMISSION. "EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement" (CETA). Available at: <<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>>

EUROPEAN COMMISSION. Available at: < <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>>

EU-VIETNAM. *Investment Protection Agreement*. September, 2018. Available at: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157394.pdf>

FRANCE. CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX. Resolution. February 21, 2017. Available at: <http://www.avocatparis.org/system/files/publications/resolution_financement_de_larbitrage_par_les_tiers.pdf>

FRIGNATI, Valentina. "Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration". *Arbitration International*, vol. 32, n°3, September 2016, p. 505–522. Available at: <<https://doi.org/10.1093/arbint/aiw011>>

GARIMELLA, Sai Ramani. "Third Party Funding in International Arbitration – Issues and Challenges in Asian Jurisdictions". *AALCO Journal of International Law*, vol. 3, n° 1, p. 45-60, 2014. At 47. Available at: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2520393>>

GILCREST, Sarah. "When Peer Pressure Is Not Enough: Mandatory Disclosure and Third-Party Funding". *Arbitration Brief*, 2019, vol. 6, n°1, p. 60-81. HeinOnline.

GOLDSMITH, Arer; SCHERER, Maxi. "Third Party Funding in International Arbitration in Europe. Part I: Funders' Perspectives". *International Business Law Journal*, Roundtable 2012, vol. 2, p. 207-219.

HASCHER, Dominique. "Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues". *American University International Law Review*, 2012, vol. 27, n°4, 2012, p. 789-806. HeinOnline.

HASHU SHAHDADPURI, Khushboo. "Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory", in PRYLES, Michael; CHAN, Philip (eds). *Asian International Arbitration Journal*. Singapore International

Arbitration Centre in co-operation with *Kluwer Law International*, 2016, vol. 12, nº2, p. 77 – 106.

HONG KONG. Code of Practice for Third Party Funding in Arbitration. Available at: <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20182249/egn201822499048.pdf>>

HU, Yue. “Mandatory Disclosure of Third-Party Funding in International Arbitration”. Peiking University of Transnational Law Review Blog. Last accessed January 25, 2020. Available at: <<http://stllawreview.com/index.php/2019/04/20/mandatory-disclosure-of-third-party-funding-in-international-arbitration/>>

ILIESCU, Marius Nicolae. “A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact”. *Kluwer Arbitration Blog*, May 2, 2016. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/#_ftn3>

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. (IBA). IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, >October, 23, 2014. Available at: <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918#:~:text=Explanation%20to%20General%20Standard%203,be%20relevant%20in%20their%20view>>

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. (IBA). <<https://www.ibanet.org/clint-june-2021-arbitration-update-icdr-rules>>

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). ARBITRAJE. Available at: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>>

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC.COMMISSION REPORT: Decision on Costs in International Arbitration. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2015, Issue 2. Available at: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID) Rules and Regulations. Available at: <<https://icsid.worldbank.org/rules-regulations>>

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Proposal for amendment of the ICSID rules. Working Paper, August 2019, nº3, vol.1. Available at: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES .Eurogas Inc (United States) And Belmont Resources Inc.(Canada) Claimants –V–The Slovak Republic Respondent (ICSID Case No. Arb/14/14). September 10, 2014. Available at: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6263.pdf>>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. “EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v Slovak Republic, ICSID Case Nr. ARB/14/14”. Available at:<<https://www.italaw.com/cases/3210>>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES “Muhammet Çap & Sehil İnfaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan. ICSID Case Nr. ARB/12/6”. Available at: <<https://www.italaw.com/cases/2036>>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Muhammet Çap & Sehil İnfaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan. (ICSID Case No. ARB/12/6) . Procedural Order Nr. 3, 12 June 2015. Available at: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>>

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA) . “The ICCA Reports No. 4: ICCA-Queen Mary Task Force Report on Third-Party Funding”. Available at: <<https://www.arbitration-icca.org/publications/Third-Party-Funding-Report.html>>

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. ICC Rules of Arbitration. Available at : <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>>

KALICKI, Jean. “Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 1 of 2)”. *Kluwer Arbitration Blog*, March 13, 2012. Last accessed February 2, 2020. Available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/13/third-party-funding-in-arbitration-innovation-and-limits-in-self-regulation-part-1-of-2/>>

KALICKI, Jean. “Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 2 of 2)”. *Kluwer Arbitration Blog*, March 14, 2012. Last accessed February 2, 2020. Available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/14/third-party-funding-in-arbitration-innovations-and-limits-in-self-regulation-part-2-of-2/?print=pdf>>

KNAAP, Daniel R. “Disclosure of Third-Party Funding in International Investment Arbitration: The Implications of Rule 14 as proposed in ICSID Working Paper 4”. *World Arbitration and Mediation Review (WARW)*. Vol.

13 n°2. JurisNet, LLC. 2019. Available at: <<https://arbitrationlaw.com/books/world-arbitration-and-mediation-review-wamr>>

LEVY, Laurent ; BONNAN, Régis. “Third-Party Funding: Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings” in ICC Institute of World Business Law and others (eds), “Third-party Funding in International Arbitration”. International Chamber of Commerce, 2013.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stephan. “Comparative International Commercial Arbitration”. *Kluwer Law International*, 2006.

MOSELEY, Sarah. “Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration”. *Texas Law Review*, vol. 97, no. 6, May 2019, p. 1181-1203. HeinOnline.

NEW YORK CONVENTION. UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). Available at: <<http://www.newyorkconvention.org/english>>

OSMANOGLU, Burcu. “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”. *Kluwer Law International. Journal of International Arbitration* 32, no. 3, | 2015, p. 325–350.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No. 10, January 11, 2016. “ In The Matter Of An Arbitration Under The Agreement Between The Government Of The United Kingdom Of Great Britain And Northern Ireland And The Government Of The Republic Of Bolivia For The Promotion And Protection Of Investments”, May 24, 1988. Available at: < <https://pcacases.com/web/sendAttach/1562>>

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. South American Silver Ltd. (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia. UNCITRAL PCA Case 2013-15. Available at: <<https://pca-cpa.org/en/cases/54/>>

PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA). “Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case n° 2009-23”. Available at: <<https://www.italaw.com/cases/257>>

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON AND WHITE & CASE. “2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration”. Available at: <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf>

ROGERS, Catherine A. "Transparency in International Commercial Arbitration". *University of Kansas Law Review*, June 2006, vol. 54, n°5, p. 1301-1338. HeinOnline.

SCHERER, Maxi. "Out in the Open?" Third-Party Funding in Arbitration". Commercial Dispute Resolution Blog, 2012. Available at: <<https://www.cdr-news.com/categories/expert-views/out-in-the-open-third-party-funding-in-arbitration>>

SHANNON, Victoria A. "Harmonizing Third-Party Litigation Funding Regulation". *Cardozo Law Review*, February 2015, vol. 36, no. 3, p. 861-912. HeinOnline.

SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. Available at: <<https://www.siac.org.sg>>

SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. *SIAC Investment Arbitration Rules*. 2017. Available at:<<https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2022/06/SIAC-Investment-Rules-2017.pdf>>

THRASHER, Rachel Denae. "The Regulation of Third Party Funding: Gathering Data for Future Analysis and Reform". *Law and Justice in the Americas Working Paper Series* 9. 2018. Available at: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/ljawps/9>>

TRUSZ, Jennifer. "Full Disclosure: Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration". *Georgetown Law Journal*, August 2013, vol. 101, n° 6, p. 1649-1682.

UK. THE SUPREME COURT. *UjivraJ v. Hashwani* [2010] EWCA Civ 712. Judgment Para. 23. Available at: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0170-judgment.pdf>>

UNITED NATIONS. UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Done at New York, 10 June 1958. Available at: <<http://www.newyorkconvention.org/english>>

UNITED NATIONS. COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL) . "Oxus Gold PLC v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL". Available at: <<https://www.italaw.com/cases/781>>

UNITED NATIONS. COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL) "Oxus Gold PLC v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Case" Final Award, 17 August 2015. Available at: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case->

documents/italaw7238_2.pdf>

UNITED NATIONS. COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE. Available at: <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state>

UNITED NATIONS.COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). Arbitration Rules. Available at: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules.pdf>>

UNITED NATIONS. UNCITRAL. WG III. Initial Draft on the Regulation of TPF. Compilation of Comments. Available at: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-Documents/uncitral/en/compilation_of_comments_tpf_1.pdf>

UNITED STATES. DISTRICT COURT, SD NEW YORK. *Chevron Corp.v Donziger*, 768 F. Supp. 2d 581. nº 11 Civ. 0691 (LAK) March 7, 2011. Available at: <<https://www.courtlistener.com/opinion/2477256/chevron-corp-v-donziger/>>

VON GOELER, Jonas. “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”. *International Arbitration Law Library*, 2016, vol.35, 2.

WEIL, David. “The Benefits and Costs of Transparency: A Model of Disclosure Based Regulation”. *John F. Kennedy School of Government, Harvard University*, June 2002. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=316145>



Financiamento de terceiros e conflitos de interesse: existe uma maneira de domar a fera? Uma visão sobre o MERCOSUL

Resumo: O mercado de financiamento de terceiros (TPF) vem crescendo rapidamente nos últimos anos, principalmente no campo da arbitragem internacional. Seus benefícios, juntamente com os riscos que poderia suportar, receberam muita atenção. Assim, o apetite da indústria pela TPF cresceu exponencialmente em curto espaço de tempo. Desde 2012, essa indústria cresceu mais de 500%, em relação ao número de contratos de financiamento celebrados e ao volume de financiadores ativos em busca de oportunidades viáveis.

Nesse sentido, considerando que “pouco precioso se diz sobre a divulgação”, analisa-se se a divulgação será obrigatória para evitar a possível existência de conflitos de interesse entre árbitro e financiador. Isso ganha relevância se levarmos em conta que as instituições arbitrais estabelecem que a independência e a imparcialidade do árbitro são uma obrigação, mas pouco dizem

sobre os acordos da TPF e seu impacto na imparcialidade ou independência do árbitro em caso de conflito.

Palavras-chave: Arbitragem Internacional; Financiamento de Terceiros; MERCOSUL.



Financement par des tiers et conflits d'intérêts : existe-t-il un moyen d'apprivoiser la bête ? Vers le MERCOSUR

ABSTRAIT: Le marché du financement par des tiers (TPF) a connu une croissance rapide ces dernières années, en particulier dans le domaine de l'arbitrage international. Ses avantages ainsi que les risques qu'il pourrait supporter ont reçu beaucoup d'attention. En conséquence, l'appétit de l'industrie pour le TPF a augmenté de façon exponentielle en peu de temps. Depuis 2012, cette industrie a augmenté de plus de 500%, en ce qui concerne le nombre d'accords de financement célébrés et le volume de bailleurs de fonds actifs à la recherche d'opportunités viables.

En ce sens, considérant que "précieusement peu est dit en ce qui concerne la divulgation", il est analysé si la divulgation doit être obligatoire pour éviter l'existence possible de conflits d'intérêts entre un arbitre et le bailleur de fonds. Cela gagne en pertinence si l'on tient compte du fait que les institutions arbitrales établissent que l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont indispensables, mais elles disent peu de choses sur les accords TPF et leur impact sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre en cas de conflit.

MOTS CLÉS: Arbitrage international, Financement par des tiers, MERCOSUR

BIOGRAPHICAL SUMMARY

Mauricio Marengo. LL.M. in International Law – Universität Heidelberg. Abogado: Universidad Nacional de Asunción. Senior Associate, Vinclum Abogados & Consultores www.vinclum.com.py. Contact: mmarengo@vinclum.com.py

Direito transnacional, contratos farmacêuticos e as cláusulas de arbitragem e formação de fundos não-soberanos. Uma análise a partir da lógica favor creditoris

Derecho transnacional, contratos farmacéuticos y cláusulas arbitrales y formación de fondos no soberanos. Un análisis desde la lógica del favor creditoris

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira* 

Adriana Vieira da Costa * 

* Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, Brasil.

Resumo: Esse artigo objetiva compreender e discutir as complexas relações transnacionais inerentes aos contratos farmacêuticos entre Estados e empresas farmacêuticas transnacionais, em especial nos tópicos relacionados às previsões de arbitragem transnacional para a solução de controvérsias e a obrigação de formação de fundos não-soberanos como garantia de adimplemento das dívidas. Procurar-se-á demonstrar que essas cláusulas encontram sua legitimidade no contexto do Direito Transnacional, na qual o Estado atua como um ator não soberano, e que estas previsões contratuais se orientam pela lógica *favor creditoris*. Se empregou o método crítico e o procedimento da pesquisa bibliográfica.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo comprender y discutir las complejas relaciones transnacionales inherentes a los contratos farmacéuticos entre Estados y empresas farmacéuticas transnacionales, especialmente en temas relacionados con las disposiciones de arbitraje transnacional para la solución de controversias y la obligación de formar fondos no soberanos como garantía de cumplimiento de deudas. Intentaremos demostrar que estas cláusulas encuentran su legitimidad en el contexto del Derecho

E-mail: marcusoliveira@unir.br

Recibido: 21/09/2021 Aceptado: 05/04/2022



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

Transnacional, en el que el Estado actúa como un actor no soberano, y que estas disposiciones contractuales se rigen por la lógica del favor creditoris. Se utilizó el método crítico y el procedimiento de investigación bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Transnacional; Contratos Farmacêuticos; Estado; Empresas Transnacionais; Cláusulas Contratuais Favor Creditoris.

Palabras clave: Derecho Transnacional; Contratos Farmacéuticos; Estado; Empresas Transnacionales; Cláusulas Contractuales a Favor de los Creditoris.

1. ACORDANDO NUM MUNDO PANDÊMICO APÓS SONHOS INTRANQUILOS

Franz Kafka, em uma de suas obras mais conhecidas, iniciou-a com uma sentença de altíssimo impacto que se tornou num estândar para a literatura que a procedeu: “Quando certa manhã Gregor Samsa acordou de sonhos intranquilos...”¹.

Essa sentença será o *leitmotiv* do presente trabalho, tendo-se, no entanto, o cuidado de alterar sujeitos e circunstâncias.

Agora, não mais um homem que se tornou “...verme monstruoso [*ungeheuren Ungeziefer*]”, mas o mundo que, sem esperar ou se preparar, acordou de sonhos intranquilos provocados por graves acontecimento de diversas ordens² na pandemia de SARS-COVD2, lançando-o numa crise sanitária em espiral ascendente não diríamos nunca visto³, mas de extremíssima gravidade, e que tem causado não poucas perdas de vidas humanas (no período em que se fez a revisão final desse trabalho já haviam morrido 5.969.364 no mundo, sendo 650.000 no Brasil⁴), mas também

1 KAFKA, Franz. THE COMPLETE STORIES. Tradução de Nahum Norbert Glatzer, New York: Schocken Books, 1983, p. 64.

2 A mero título de ilustração: econômica (crise de 2008 e suas gravíssimas consequências), político-social (para ficarmos no continente americano, as instabilidades políticas na Venezuela, Nicarágua, Honduras, El Salvador, Brasil pós 2016 e EUA sob o governo Trump) e de segurança internacional (guerras da Síria, Afeganistão, continente africano).

3 Hoje é sabido que a pandemia de Gripe Espanhola matou mais pessoas que a 1ª GGM e a 2ª GGM juntas, embora a historiografia de então e de hoje pouco se debruce sobre o tema. Com efeito, segundo Ivan Krastev, naquela teriam morrido algo entre 50 e 100 milhões de pessoas, nessas, 17 e 60 milhões respectivamente, do que seguiria que, em termos numéricos, a crise mais grave que o mundo suportou nos 1900 não foram as duas guerras mundiais, mas a epidemia de gripe. No entanto, somente sobre a 1ª GGM há mais de 80 mil livros escritos nas mais diversas línguas; sobre a Gripe Espanhola, 400. COUTINHO, João Pereira. “Mundo pós-pandemia será lembrado como a gripe espanhola, um embaraço”. 1º de março de 2021. Folha de São Paulo. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/joaopereiracoutinho/2021/03/mundo-pos-pandemia-sera-lembrada-como-a-gripe-espanhola-um-embaraco.shtml>>. acessado em 1º de março de 2021.

4 GITHUB.COM. “COVID-19 Data Repository by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University”. Disponível em: <<https://github.com/CSSEGISandData/COVID-19>>. acessado em 02.mar. 2022

econômica (queda em média de 4% do PIB mundial⁵) e política, dada a perda contínua de legitimidade que se abateu sobre muitos governos, em particular aqueles que se alinharam no campo do negacionismo científico de tipo Trump-Bolsonaro-Maduro-Magufuli-Modi, o que provocou um implemento acentuado no número de mortes, e/ou de ineficácia no enfrentamento da pandemia.

Um dado importante, no entanto, e que geralmente tem sido sublimado pelas notícias do número de mortes e infecções, foi a rapidez com que a comunidade científico-farmacêutica, com o financiamento e apoio dos Estados e Organismos Internacionais, lograram desenvolver um número expressivo de vacinas que tem ou alta eficácia imunizadora ou, se baixa (desde que superior a 50%), são capazes de evitar o desenvolvimento de formas graves de COVID19 que levem à internação ou a morte.

Contudo, esse ponto específico também se constituiu numa causa de um despertar de sonhos intranquilos por pelo menos quatro fatores:

a) a Comunidade Internacional abdicou, até o momento, de adotar uma política comum de liberação dos direitos de patentes sobre as vacinas⁶, dando-lhes o *status* de bem comum da humanidade⁷. Especificamente o Brasil, que em março de 2021 havia se tornado o epicentro da pandemia de SARS-COVID2 em substituição aos EUA⁸, tem mantido uma posição que encontra respaldo somente nos Estados que ou têm uma indústria farmacêutica em pleno desenvolvimento das vacinas (EUA), ou que já adquiriram estoques consideráveis de imunizantes (Reino Unido), em muitos casos em número superior à própria população, tendo se manifestado em sentido contrário às discussões havidas no âmbito da OMC para se enfrentar a chamada “nacionalização” da distribuição das vacinas⁹,

5 “A economia global deve crescer 4% em 2021 depois de encolher 4,3% em 2020, disse o Banco Mundial nesta terça-feira (5), embora tenha alertado que o aumento das infecções por covid-19 e atrasos na distribuição das vacinas podem limitar a recuperação para apenas 1,6% neste ano”.

6 CHADE, Jamil. “Na pandemia, 99 países defendem fim de patente para vacina; Brasil é contra”. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/11/19/na-pandemia-99-paises-defendem-fim-de-patente-para-vacina-brasil-e-contra.htm>>, acesso em 1º de março de 2021.

7 CHADE, Jamil. “Brasil se alia aos países ricos e acesso à vacina se transforma em crise”. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/11/20/brasil-se-alia-aos-paises-ricos-e-acesso-a-vacina-se-transforma-em-crise.htm>>, acessado em 1º de março de 2021.

8 CHADE, Jamil “Novo epicentro, Brasil tem 30% das novas infecções no mundo em 24 horas”. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/03/05/novo-epicentro-brasil-tem-30-das-novas-infeccoes-no-mundo-em-24-horas.htm>> acessado em 11 de março de 2021.

9 FOLHA DE SÃO PAULO, Caderno Mundo. “Brasil é único país em desenvolvimento contra ação na OMC para difundir vacinas”. 10 de março de 2021. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/03/brasil-e-unico-pais-em-desenvolvimento-contra-acao-na-omc-para-difundir-vacinas.shtml>>, acesso em 10 de março de 2021.

b) os Estados ricos lograram, até o momento, adquirir o maior número de doses de vacinas, criando um lapso de atendimento seríssimo entre os seus cidadãos e os de Estados pobres,

c) o que levou ao surgimento de uma nova forma de desigualdade mundial, os vacinados e os não-vacinados¹⁰, bem como

d) o aumento das desigualdades econômico-sociais, na medida em que o debelamento da epidemia por meio da vacinação de todos os povos é condição necessária para que ocorra o início da recuperação econômica mundial¹¹.

Por fim, a pandemia provocou uma terceira forma de despertar de sonos intranquilos, e especialmente relacionado ao tema central deste trabalho, como seja, a incidência das regras do Direito Transnacional e seus princípios e regras autônomos em relação às demais formas de normatização das relações internacionais e supranacionais, pegando, por assim dizer, os soberanistas de calças curtas, ou, talvez, e para sermos mais precisos, os soberanistas brasileiros.

Como já afirmado, o Brasil tem sido considerado como um dos piores Estados no enfrentamento da COVID-19. Os problemas são inúmeros e se avolumam de forma tão acentuada, que parece ser impossível indicar a gravidade de um sobre o outro.

É importante reafirmar que isso é uma decorrência da postura adotada pelo governo brasileiro em relação à gravidade da pandemia, bem como a suspeição, que se concretiza cada vez mais em fatos incontestáveis, de que se tenha adotado uma (anti)política de disseminação do SARS-COVID-2 como forma de se induzir àquilo que se denomina de “imunização de rebanho por contaminação”, na medida em que se tem contraposto, indevidamente, o direito à saúde em relação à economia. Uma tanatopolítica, portanto¹².

Com efeito, em relatório apresentado pelo Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA), da Universidade de São Paulo, coordenado pela Professora Deisy Ventura, se logrou demonstrar, pelo estudo sistemático de todas as normas produzidas pelo governo federal desde a decretação do estado de pandemia em março de 2020, que ele

10 CHADE, Jamil. “Compra de vacina deve dividir mundo entre países vacinados e não-vacinados”. *UOL Notícias*. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/12/03/paises-ricos-acumulam-vacinas-e-pobres-mergulham-em-escassez-de-doses.htm>, acesso em 1º de março de 2021.

11 CHADE, Jamil. “Novo instrumento da geopolítica, vacina escancara erros do Itamaraty”. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/01/20/novo-instrumento-da-geopolitica-vacina-escancara-erros-da-itamaraty.htm>>, acessado em 1º de março de 2021 e “Na Índia, Brasil é alvo de protestos por vetar quebra de patentes de vacinas”. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/02/02/na-india-brasil-e-alvo-de-protestos-por-vetar-quebra-de-patente-de-vacinas.htm>, acesso em 1º de março de 2021.

12 Sobre o tema, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Guerra do Terror: da biopolítica à bioquerra*. Porto Alegre: Editora Fi, 2014.

[...] optou por favorecer a livre circulação do novo coronavírus, sob o pretexto de que ela naturalmente induziria à imunidade dos indivíduos, e de que a redução da atividade econômica causaria prejuízo maior do que as mortes e sequelas causadas pela doença”¹³.

Este fato explica muitas circunstâncias da tanatopolítica que se abateu no Brasil nesse período, mas também evidenciou uma manifesta ignorância acerca dos princípios e estândares do Direito Transnacional, que é a esfera normativa em que se insere o complexo sistema de fornecimento de vacinas e/ou insumos para a sua produção nas relações contratuais entre Estados e empresas transnacionais do ramo farmacêutico.

Provavelmente a maior evidência seja a “razão” que o então Ministro da Saúde, Gal. Pazuello, apresentou quando se tornou público, em meio ao aumento exponencial de mortes por COVID-19, que o Brasil havia recusado, em agosto de 2020, a oferta de 70 milhões de doses de vacina produzida pela Pfizer¹⁴, conforme a Nota do Ministério da Saúde de 20 de janeiro de 2021:

O Governo Federal/Ministério da Saúde informa que recebeu, sim, a carta do CEO da Pfizer, assim como reuniu-se várias vezes com os seus representantes. Porém, apesar de todo o poder midiático promovido pelo laboratório, as doses iniciais oferecidas ao Brasil seriam mais uma conquista de marketing, branding e growth para a produtora de vacina, como já vem acontecendo em outros países. Já para o Brasil, causaria frustração em todos os brasileiros, pois teríamos, com poucas doses, que escolher, num país continental com mais de 212 milhões de habitantes, quem seriam os eleitos a receberem a vacina.

Entretanto, não somente a frustração que a empresa Pfizer causaria aos brasileiros, as cláusulas leoninas e abusivas que foram estabelecidas pelo laboratório criam uma barreira de negociação e compra. Como exemplo, citamos cinco trechos das cláusulas do pré-contrato, que já foram amplamente divulgadas pela imprensa:

13 VENTURA, Deisy; AITH, Fernando; REIS, Rossana. “Propagação da Covid-19 no Brasil foi intencional. Resposta do governo federal à pandemia pode constituir ataque generalizado e sistemático à população civil e crime contra a humanidade”. 20 de março de 2021. *Folha De São Paulo*. Caderno Tendências e Debates. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/03/propagacao-da-covid-19-no-brasil-foi-intencional.shtml>> acesso em 20 de março de 2021.

14 FOLHA DE SÃO PAULO. “Governo rejeitou 70 milhões de doses da Pfizer, das quais 3 milhões poderiam já ter sido aplicadas”. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/03/governo-negou-3-vezes-ofertas-da-pfizer-e-perdeu-ao-menos-3-milhoes-de-doses-de-vacina.shtml>> acesso em 6 de março de 2021.

1) Que o Brasil renuncie à soberania de seus ativos nos exterior (sic) em benefício da Pfizer como garantia de pagamento, bem como constitua um fundo garantidor com valores depositados em uma conta no exterior;

2) O afastamento da jurisdição e das leis brasileiras com a instituição de convenção de arbitragem sob a égide das leis de Nova York, nos Estados Unidos;

[...]

Em nenhum momento, o Governo Federal, por meio do Ministério da Saúde fechou as portas para a Pfizer. Em todas as tratativas, aguardamos um posicionamento diferente do laboratório, que contemple uma entrega viável e satisfatória, atendendo as estratégias do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, uma ação de valores mercadológicos e aplicação jurídica justa que atenda ambas as partes.

Além da Pfizer, com a qual o Governo Brasileiro continua em negociação, outros laboratórios já estão em fase avançada de negociações com o Brasil, dentro dos princípios e normas estabelecidas.

Merece destaque o fato de que, além dos aspectos já citados, é a única vacina que precisa ser armazenada e transportada entre -70°C e -80°C, prevendo um intervalo de três semanas entre primeira e segunda doses.

Além disso, o laboratório não disponibiliza o diluente para cada dose - que ficaria a cargo do comprador.

Embora o laboratório tenha criado uma solução para a conservação das doses durante o transporte (uma caixa de isopor revestida por um papelão não impermeável, que nos foi apresentada ao final de novembro, naquela oportunidade com a informação de conservação por 15 dias) e tenha oferecido fazer a logística desde a chegada dos EUA até o ponto designado pelo Ministério da Saúde, junto ao CONASS e CONASEMS, a Pfizer não se responsabilizaria pela substituição do refil de gelo seco - que deverá ser repostado a cada cinco dias (informaram que a conservação seria de 30 dias no mês de dezembro). Nos contatos de agosto, setembro e outubro, não havia ainda nos sido apresentada a alternativa da caixa térmica.

Além disso, a Pfizer ainda não apresentou sequer a minuta do seu contrato - conforme solicitado em oportunidades anteriores e, em particular na reunião ocorrida na manhã de 19 de janeiro – e tampouco tem uma data de previsão de protocolo da solicitação de autorização para uso emergencial ou mesmo o registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)¹⁵ (Grifamos).

Como se pode verificar, os itens 1 e 2 da “justificativa” do Ministério da Saúde tocam, por assim dizer, no núcleo dos institutos centrais do direito transnacional. Assim, o presente trabalho tem por objetivo compreender as complexas relações transnacionais inerentes aos contratos farmacêuticos entre Estados e empresas farmacêuticas transnacionais, em particular de duas cláusulas geralmente presentes em tais contratos, isto é, o compromisso de arbitragem transnacional como forma de resolução de controvérsias entre os contratantes e a obrigação de formação de fundos não-soberanos como garantia de adimplemento das obrigações, e que encontram legitimidade no Direito Transnacional, no qual o Estado atua como um ator não soberano, e que essas previsões contratuais se orientam pela lógica *favor creditoris*, isto é, tendem a mitigar os privilégios internacionais dos Estados de forma a se favorecer o efetivo adimplemento da obrigação.

Metodologicamente foi empregado o método crítico, quanto mais por ter se tomado como elemento desencadeador da pesquisa a nota do Ministério da Saúde brasileiro acima reproduzida. Assim, o problema central é saber se, de fato, essas cláusulas são juridicamente inválidas ou se, pelo contrário, encontram justificativa, juridicidade e legitimidade no contexto do Direito Transnacional.

Mas antes, se enfrentará um tópico muito importante na distinção entre Direito Internacional e direito transnacional relacionado à relação entre sujeitos do direito internacional e atores internacionais.

2. ESFERAS NORMATIVAS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS E A DISTINÇÃO ENTRE SUJEITOS E ATORES INTERNACIONAIS

A expressão relações internacionais é ambígua porquanto com ela se atribui pelo menos três significados distintos assim referidos: objetivo, subjetivo e científico-disciplinar.

Por sua conotação objetiva identifica-se o fenômeno social, isto é, o conjunto de relações sociais desenvolvidas nos mais variados campos –

15 BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Nota de 20 de janeiro de 2021, disponível em: < <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/nota-1>>, acessado em 21. de janeiro de 2021.

economia, política, cultura, tecnologia, religião etc – no contexto da sociedade internacional, entendendo esta expressão como o cenário externo às sociedades nacionais, como acentua Pecequilo¹⁶. Para Braillard¹⁷.

O que caracteriza propriamente as Relações Internacionais é o fato delas constituírem fluxos que atravessam as fronteiras [...]. Podemos pôr em evidência a especificidade das Relações Internacionais definindo-as como as relações sociais que atravessam as fronteiras e que se estabelecem entre as diversas sociedades.

Entretanto, o conceito objetivo de relações internacionais, quando compreendido numa conotação bastante estrita, é identificado pelo conceito de Política Internacional, isto é, às relações de coexistência, coordenação, cooperação e/ou de litígio entre Estados. Pode-se afirmar, nesse sentido, que o principal interesse dos Estados em suas relações recíprocas é, conforme Pecequilo¹⁸.

[...] a preservação da segurança e da soberania. Para definir outros componentes deste interesse, o Estado atua como ser racional, avaliando seus riscos e seus benefícios. A cooperação, bi ou multilateral, é uma tática possível de ação, não assumindo o caráter de valor. Demandas morais e idealistas não devem ser levadas em conta neste processo, uma vez que a política internacional e a doméstica representam esferas separadas e de lógicas distintas.

Já pelo conceito subjetivo se identifica a relação concreta entre atores internacionais, isto é, as diversas relações subjetivas que os atores internacionais – públicos, privados e quase-públicos - empreendem na sociedade internacional, *v.g.*, o comércio entre parceiros transnacionais, a creditação de um representante diplomático no Estado receptor, a transferência tecnológica na aquisição de material bélico ou nuclear entre Estados, o ataque terrorista promovido por um grupo *jihadista* etc.

Por fim, o científico-disciplinar idêntica a disciplina que por objeto de estudo as relações internacionais em suas duas conotações, cuja característica mais marcante é a sua interdisciplinariedade.

Do que pode verificar, a relação entre relações internacionais e Direito Internacional se mostra, no mínimo, indissociável para a correta interpretação dos fenômenos jus-internacionais. Contudo, essa indissociabilidade não pode ser confundida com identidade, isto é, entender que haja uma univocidade entre os conceitos, uma vez que se constituem em realidades fenomenológicas distintas. Com efeito, eles não se confundem porque o Direito Internacional

16 PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Introdução às relações internacionais*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 15.

17 BRAILLARD, Phillipe. *Teorias das Relações Internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1990, p. 82-83 e 86.

18 PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Política internacional*. Brasília: FUNAG, 2012, p. 31.

não encerra a única esfera normativa das relações internacionais, já que além deste, tem-se o Direito Internacional Privado, o direito transnacional em suas diversas manifestações e, como salienta Gouveia¹⁹, o Direito Comunitário Europeu, que, conforme amplamente aceito pela doutrina internacionalista, se constitui em ramo autônomo em relação ao Direito Internacional, ao lado de outras formas manifestamente privadas de regulação transnacional.

Ademais, as próprias estruturas lógicas das relações internacionais e do Direito Internacional impedem qualquer tese de identidade, já que aquelas formam uma disciplina hermenêutica, uma disciplina do ser, isto é, que interpreta e busca descrever as relações internacionais tal como elas são a partir de diversos e variados paradigmas e doutrinas. Já o Direito Internacional se constitui em uma disciplina deontológica, vale dizer, um ramo do dever ser, uma vez que, conforme assentado por Accyoli, “[...] é o conjunto de princípios ou regras destinados a reger os direitos e deveres internacionais, tanto dos Estados ou outros organismos análogos, quanto dos indivíduos”²⁰.

Por que essas distinções são importantes para o presente trabalho? Porque permitem evidenciar que as relações internacionais compreendem esferas de regulações jurídicas que não se circunscrevem somente ao Direito Internacional, já que o adjetivo internacional ainda guarda aquela conotação que Bentham atribuiu em seu *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, isto é, “...principles of legislation in matters between nation and nation [...] There remain then the mutual transactions between sovereigns, as such, for the subject of that branch of jurisprudence which may be properly and exclusively termed *international*”²¹.

Portanto, o que distingue o Direito Internacional das demais formas de juridicidade que vigem na sociedade internacional é o fato de ele ter seu fundamento no princípio da soberania, pois, conforme Brant, o “[...] direito internacional é, por natureza, um atributo da soberania, assim, a capacidade soberana figura como o elemento indicativo primordial da autoridade da norma”²².

Já nas demais esferas de normatividade ocorrerá aquilo que Marcelo Neves identificará por transconstitucionalismo. Nessa obra de singular relevância para a compreensão da complexidade e da normatividade das relações internacionais contemporâneas, Neves afirma um ponto essencial: se o Estado, não querendo construir uma ponte de reconhecimento mútuo

19 GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

20 ACCIOLY, Hildebrando. *Tratados de Direito Internacional Público*, vol 1, 3 ed. , São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.5.

21 BENTHAM, Jeremy. *Introduction to the principles of moral and legislation*. 2012, p. 10, destaque no original. Disponível em < <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>>

22 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Curso de Direito Internacional: Teoria Geral do Direito Internacional Público*. Vol. 1, Belo Horizonte: CEDIN/Konrad Adenauer Stiftung, 2020, p. 22.

de legitimidade-validade-eficácia entre o seu ordenamento nacional com as demais formas de ordenações normativas transnacionais e supranacionais (aquilo que ele denomina de acoplamento estrutural), ele se exclui, soberanamente, de referidas relações jurídicas, o que implica para os destinatários finais das normas – indivíduos e empresas -, uma *captio diminutio* em seus interesses juridicamente relevantes, se não as suas efetivas exclusões²³.

Essas considerações acima operam um importante efeito no campo das subjetividades internacionais, pois, se a titularidade dessa última é uma atribuição da norma jurídico-internacional²⁴, e essa titularidade é condicionada pelo princípio da soberania, uma vez que, em último grau, é a concertação entre os Estados que atribui, por meio das fontes do Direito Internacional, a subjetividade aos sujeitos não-estatais, no âmbito do direito transnacional em suas mais variadas manifestações se pode inferir a dispensabilidade da personalidade jurídica, tendo como único critério para se aferir a ocorrência de uma relação internacional a capacidade fática para se atuar na esfera externa à jurisdição estatal, identifica pela expressão ator internacional.

Um ponto central a ser aclarado para se evitar mal-entendidos: não que o Estado deixe de ser soberano, ou as demais pessoas internacionais percam esse atributo quando suas ações e interesses passam a ser regulados pelas normas do direito transnacional, mas que o atributo da subjetividade internacional não lhes confere qualquer prevalência ou prerrogativa em face do outro ator com quem se relaciona, salvo excepcionalidades demarcadas pelas próprias normas num contexto conglobante de afetações recíprocas para se aferir a (i) liceidade de condutas, principalmente por se ter o Direito Internacional dos Direitos Humanos como paradigma normativo para essa aferição.

Como afirmado por Markus Kotzur,

Quem abandona à soberania, desconhece não somente a realidade social, como também o conteúdo jurídico do conceito, assim como a simples necessidade que as comunidades políticas têm de contar com uma capacidade, competencialmente garantida, de atuação e configuração.

23 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 34-51; 115 e ss; De Oliveira, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. "Soberania, Transconstitucionalismo e Direito Transnacional". Em: LIZIERO, Leonam, TEIXEIRA, João Paulo Allain (Org). *Marcelo Neves como intérprete da Sociedade Global*, v.4, Andradina: Editora Meraki, 2020, pp. 23-47.2020.

24 SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 5ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 9..

Quem, por outro lado, continua sustentando a habitual, mas questionável equação entre povo, Estado e nação, não é menos cego ante a realidade e frente à necessidade de dispor de uma noção de soberania que lhe seja correspondente²⁵.

Nesse contexto de pluralismo normativo, em que não existe mais o uno kelsiano nem o dual triepelino, mas o “múltiplo”, o “plural”, caracterizado por aquilo que Delmas-Marty identificará, no contexto da internacionalização do direito, pelas imagens das “pirâmides inacabadas” e por “[...] estranhos anéis que evocam “raminhos de uma guirlanda eterna” [...]”²⁶ nas quais os sistemas normativos, guardando cada um para si uma ampla autonomia de regulação e hierarquização, impõe ao intérprete e ao órgãos estatais a exigência de um pensamento transdisciplinar²⁷, principalmente se não quiserem ser pegos descalços e com os coturnos sem cadarços.

Com efeito, conforme Varella identifica, será preciso perceber-se que nesse contexto, normatividade inter, trans e supranacional serão caracterizadas pela: i) a integração frequente entre os direitos nacionais, o direito de sistemas regionais de integração e o direito internacional, ii) a multiplicação de fontes normativas não estatocêntricas, iii) a multiplicação de instâncias de solução de conflitos fora do Estado, iv) a inexistência de hierarquia formal entre as normas jurídicas ou entre as instâncias de solução de conflitos, e v) o acúmulo de lógicas distintas no direito nacional e internacional, cuja interação é impossível com os métodos tradicionais de solução de conflitos de normas e de jurisdição²⁸.

Dois exemplos bastam.

O primeiro é dado por Varella no contexto dos sistemas de certificação ISO 9000 (certificação na qualidade de gestão e *accountability* fornecedor/consumidores internos-externos) e ISSO 14000 (gestão ambiental), e que são exigidos como condições prévias à contratação interna ou externa para o fornecimento de produtos e serviços para o poder público ou particulares. Essas certificações não foram instituídas por órgãos públicos nacionais ou internacionais, mas por um organismo privado – a *International Organization for Standardization* – cujas regras passaram a vigor nas relações internacionais e transnacionais independentemente dos quereres e poderes estatais²⁹.

Outra foi a recente decisão da Junta Diretiva do ICANN que deu ganho de causa à Amazon, em detrimento do conjunto de Estados da região

25 KOTZUR, Markus. “A Soberania Hoje. Palavras-Chave para um Diálogo Europeu Latino-Americano Sobre um Atributo do Estado Constitucional Moderno”. Tradução, Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, 2012, p. 3.

26 DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 85-87.

27 RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina M. Vial, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

28 VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

29 *Ibid.* p.28.

amazônica, sobre o domínio “amazon” na internet. Como cabe à ICANN regular a *lex digitalis*, e tendo ela dado ganho de causa à empresa, não aos Estados, que apresentaram exceções culturais e políticas para o uso exclusivo do domínio, parece ser bastante óbvio que o apelo à soberania não rendeu o sucesso esperado. Com efeito, segundo a decisão da Junta Diretiva, “[...] não há nenhuma razão de política pública pela qual a solicitação de domínio .AMAZON [por parte da Amazon] não deve ser autorizada a prosseguir”³⁰.

Terra incognita foi a expressão que Triepel usou para identificar os problemas decorrentes da vigência interna das normas do Direito Internacional em nível interno, especialmente na sua aplicação pelos órgãos subalternos, uma vez internalizada a obrigação internacional³¹. Importante que se lembre: quando feita essa afirmação, no distante ano de 1899 no seminal *Völkerrecht und Landesrecht* – texto que serviu de base para seu Curso na Academia de Direito Internacional, na Haia, em 1937 – Triepel fazia referência àquilo que, academicamente, é identificado como Direito Internacional Geral, como seja, o conjunto de princípios e regras internacionais, majoritariamente consuetudinárias.

Passados tantos anos, com tantas viragens que se abate sobre o sistema internacional, não parece que ele tenha deixado de ser menos incógnito como à época de Triepel.

3. O DIREITO TRANSNACIONAL COMO ESFERA AUTÔNOMA DE REGULAÇÃO DE RELAÇÕES JURÍDICAS TRANSNACIONAIS

Atribui-se a Phillip Jessup, em sua obra *Transnational Law*, de 1956, a paternidade pela criação do nomen que dá origem, ao mesmo tempo, às esferas de regulações normativas criadas por atores não-estatais.

Com efeito, Jessup denominou por Direito Transnacional como “[...] todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, bem como outras normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria padrão [...]”³².

Em um primeiro momento, portanto, o conceito englobaria todas as formas de normatização das relações internacionais, desde aquelas criadas pelo Estados em suas mútuas relação (Direito Internacional), passando pelas regras internas dos Estados que resolvem problemas relativos ao conflito interespaçial de normas, isto é, a partir da fixação das regras de conexão

30 INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTIONS. *ICDR No. 01-16-0000-705, Final Declaration*. Disponível em: < <https://www.icann.org/en/system/files/files/irp-amazon-final-declaration-11jul17-en.pdf> > , acessado em 20 de maio de 2020.

31 TRIEPEL, Carl Henrich. *Le rapports entre droit interne et le Droit International*. RCADI 62, Vol 1, 1923, p. 94.

32 JESSUP, Phillip C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2, livre tradução.

quer determinam se as relações privadas de caráter transnacional serão regidas por normas nacionais ou de direito estrangeiro (Direito Internacional Privado), chegando a formas autônomas de regulação normativa efetuadas por atores não-estatais transnacionais, como fica bastante evidenciado no contexto da *lex mercatoria*.

O que direcionou Jessup nessa compreensão foi o fato de ele ter observado que a complexidade das relações transfronteiriças não envolvia, somente, a aplicação de uma espécie de norma ou outra, mas um conjunto de normas – sejam de atores estatais ou não-estatais – e que podem e são arguidas pelos interessados para a proteção de seus respectivos interesses³³.

Um exemplo significativo se dá no concernente a arbitragem transnacional, o meio de solução de controvérsias *par excellence* do direito transnacional, em que tanto as normas convencionais e o *soft law* do Direito Internacional é aplicado em conjunto com as diversas regulações de direito material e processual das mais diversas Câmaras e Tribunais de arbitragem, sem que uma norma possa ou reclame precedência ou hierarquia sobre as demais.

Por isso, Vagts³⁴ sustenta que o que caracteriza o direito transnacional como campo normativo autônomo são as seguintes características: i) que ele versa sobre causas que transcendem as fronteiras nacionais, donde o seu nome transnacional, ii) que não há uma distinção clara entre normas de direito público e de direito privado, e iii) ser regulado por fontes normativas abertas e flexíveis, além das tradicionais listadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, incluindo, por exemplo, a *soft law*, os regulamentos processuais das Cortes de Arbitragem, resoluções da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional etc.

Uma vez que Jessup caracterizou o direito transnacional naqueles termos e desde aquelas características, surgiu uma corrente doutrinária que se orienta pela asseveração de uma autonomia em sentido forte para distinguir o direito transnacional do Direito Nacional e do Direito Internacional, conforme sustentado por Teubner. Em outros termos, o direito transnacional se constituiria em um campo autônomo e não subordinado quer ao direito nacional quer ao Internacional, guardando, pois as seguintes características na concepção de Koh³⁵ :i) não é tradicional, pois distancia-se das dicotomias históricas que envolvem o estudo do direito internacional de divisão entre público/privado e doméstico/internacional, ii) não é estatal, já que os atores envolvidos nesse processo não são apenas, e nem primordialmente, o

33 MANGE, Flavia Foz. “As características do Direito Transnacional como metodologia: análise sob o enfoque dos aspectos processuais da arbitragem”. *Revista de Direito Internacional*. vol 13., nº3, Brasília, 2016, p. 126-146.

34 VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986, p.22.

35 KOH, Harold Hongju. “Transnational Legal Process”. *Nebraska Law Review*. vol 75, nº1, 1996, p. 181-207.

Estado. Inclui atores não estatais, iii) não é estático, mas dinâmico, tendo a aptidão de transforma-se do público para o privado, do doméstico para o internacional e vice-versa, e em constante mutação, e iv) é normativo, pois no processo de interação, novas normas emergem, são interpretadas, executadas e internalizadas.

Para que fique mais claro o que se afirma. Para Teubner, os setores sociais produzem normas com relativa autonomia em relação aos Estados, possibilitando a emergência de ordenamentos jurídicos *sui generis*. Exemplificando os ordenamentos jurídicos transnacionais criados por setores sociais ele cita a *lex mercatoria*, a *lex sportiva* e a proteção de direitos humanos. No contexto da discussão sobre a *lex mercatoria*, Teubner assevera 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 global. Com essa definição rendemos homenagem ao linguistic turn na sociologia e o aplicamos simultaneamente ao “direito no contexto”. Correspondentemente, conceitos-chave da sociologia clássica do direito, como norma, sanção e controle social passam para o segundo plano; seu lugar é assumido pelos conceitos-chave centrais das controvérsias contemporâneas, como ato de fala, énoncé, codificação, gramática, transformação de diferenças e paradoxos. Elas prometem uma compreensão mais aprofundada da *lex mercatoria* e do pluralismo jurídico global, além daquela que as categorias da tradicional sociologia do direito podem oferecer. A sanção perde o seu papel tradicional como concepção central para a definição do direito, para a delimitação entre as esferas jurídica e social, e as esferas global e nacional. Naturalmente, esse conceito fora importante para a tradição: na teoria do direito, de Austin (commands backed by sanctions), no conceito de direito, de Max Weber (administração por uma equipe jurídica profissionalizada), na distinção de Ehrlich entre normas jurídicas e normas não-jurídicas, e, finalmente, no behaviorismo da teoria jurídica de Geiger (alternativa obediência à norma/sanção)³⁶.

36 TEUBNER, Günther. “A Bukovina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico

Nesse mesmo sentido, Nasser inclui a regulamentação privada transnacional que passaria por um processo de deslocamento do nacional para o transnacional e do público para o privado, podendo ser definida como “um novo corpo de regras, práticas e processos” criados por atores independentes e comunidades epistêmicas³⁷.

Essa autonomia epistêmico-normativa parece ser orientada pelo princípio *favor creditoris*, isto é, a ordenação principiológica do direito transnacional em sua manifestação na *lex mercatoria* para o efetivo adimplemento da obrigação, de forma a se adotarem modelos contratuais, de arbitragem, garantias de adimplemento, cláusulas de seguro e resseguro de forma a se conceder ao credor relativa segurança no efetivo adimplementos do negócio transnacional, o que explica, num sentido bastante elucidativo, a inconformidade de muitos Estados quando se relacionam com outros atores nessa seara.

Com efeito, tanto a cláusula compromissária da arbitragem como a obrigação de constituição de fundo não-soberano para que ocorra o adimplemento da obrigação econômica se orientam efetivamente por uma lógica *favor creditoris*. Basta pensar que, caso valesse para referidos negócios transnacionais, ou a submissão aos princípios do Direito Internacional – imunidade de jurisdição e sobre bens e valores –, ou do direito nacional – no Brasil, pelo menos quatro instâncias, e ao final delas o adimplemento por precatório –, bastante óbvio que os demais atores poderiam ser conduzidos a um conjunto de procedimentos inibitórios, quando não revogatórios, das obrigações assumidas.

Nesse sentido, o modelo de solução de controvérsias, que no contexto do direito transnacional é a arbitragem transnacional constitui-se num instituto exemplar. Com efeito, a arbitragem é a pedra de toque dessa esfera normativa, na medida em que os seus atores, ao não confiarem na judicialização perante os tribunais nacionais, se socorrem exclusivamente dessa modalidade, utilizando-se de uma complexa rede de tribunais arbitrais dispersos pelo globo³⁸, existindo uma gama de fatores que levam os atores transnacionais a dela se utilizarem, tais como a desconfiança em relação às justiças nacionais e os seus elevados custos, a manifesta ausência de celeridade processual, decorrente tanto da inflação processual como da possibilidade de ampla recorribilidade das decisões.

Diversamente ao modelo estatal, na arbitragem preponderam características essenciais que a tornam atrativa, a saber³⁹: i) a necessidade de acordo entre os litigantes na escolha da composição do tribunal arbitral,

transnacional”. *Revista Impulso*, vol 14. Trad. Peter Naumann, Piracicaba, 2003, p. 9-31.

37 Apud. MANGE, Flavia Foz. Op.cit.,p. 131.

38 MANGE, Flavia Foz. Op. cit., p. 134 e ss.

39 PINTO, Ana Luiza Baccarat da Mota; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012, p. 50 e ss.

cujos membros gozam da confiança e respeitabilidade da comunidade por seu comportamento e conhecimento técnico, ii) a liberdade de escolha do direito aplicável, tanto material como processual, iii) a celeridade na solução da controvérsia, mesmo que se tenha a necessidade de dilação probatória e seja prevista a hipótese de recorribilidade, iv) a garantia do sigilo que recai sobre a lide e sobre a arbitragem, e v) a executoriedade do laudo arbitral perante o poder judiciário de qualquer Estado.

Assim, aquilo que é visto como espanto, perplexidade ou, em muitos casos, o recurso retórico em torna da “ofensa à soberania”, é nada mais que o Estado acordando de sonhos intranquilos num contexto transnacional em que a sua subjetividade internacional é, embora respeitada, conformada aos princípios e procedimentos que o direito transnacional impõe como condição ao pleno adimplemento das obrigações, isto é, por se guiar por uma lógica *favor creditoris*.

4. OS CONTRATOS FARMACÊUTICOS NO CONTEXTO TRANSNACIONAL

Na atual economia globalizada, as transações comerciais, do ponto de vista jurídico, podem implicar na formação de contratos transnacionais, gerando uma complexa relação entre pessoas, Estados e empresas, não importando seu porte. Isto reflete a natureza dinâmica (e problemática) dos contratos contemporâneos.

Esses contratos transnacionais contam além do objeto em si (ex: entrega de vacinas ou medicamentos), em várias outras cláusulas previamente pactuadas, como, por exemplo, o foro para dirimir eventuais conflitos à *posteriori* da celebração do acordo. Segundo Mazzuoli e Prado em 2021, o que os caracteriza é a existência de um conjunto de normas jurídicas aplicáveis que asseguram a sua funcionalidade, o que é especialmente importante em casos de crises, pois, eventualmente, as partes desejarão rever, suspender ou rescindir a relação contratual. Nesse caso, a busca para a solução desta crise está em saber em que base legal foi pautado o contrato e quais as regras ali foram utilizadas.

Na elaboração do contrato, o seu objeto deve respeitar a legislação aplicável, e entre as múltiplas escolhas que o venham a constituir como já visto, pode incluir uma série de direitos internos, ou apenas usar os princípios comuns destes direitos internos bem como os princípios gerais de direito, direito Internacional ou os princípios aplicáveis às relações econômicas internacionais⁴⁰ e ainda os princípios não vinculativos de direito privado de origem, a *lex mercatoria*.

40 BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Curso de Direito Internacional: Teoria Geral do Direito Internacional Público*. vol 1. Belo Horizonte: CEDIN/Konrad Adenauer Stiftung, 2019. p.189

Desse modo, conforme Brant, emergem duas implicações importantes: em primeiro a indicação de múltiplas opções, incluindo a possibilidade de recurso a direitos interno ou ao direito internacional. Este fato parece indicar que a diferença entre esses dois sistemas normativos é de conveniência e não de princípio previamente estabelecido com base no status público ou privado do destinatário. Em segundo, também expressa o apelo a direito autônomo composto por regras do direito internacional público, do direito interno e do direito privado que revelam as limitações desta distinção. Este fato comprova a existência da *Lex Mercatoria* nos termos em que proposto por Jessup.

Dentre este universo de possibilidade de regras aplicáveis, é tarefa complexa identificar qual dentre estas regras seriam as mais adequadas para o contrato e ainda terem em seu conjunto de regras uma unicidade. De acordo com Mazzuoli e Prado em 2021, no âmbito do direito internacional privado são aplicáveis dois “métodos”. O primeiro método é uma regra formal de conflito (tradicional) cujo método destina a resolver conflitos de lei, que especifica a lei aplicável que pode resolver a relação pertinente (escolha entre várias leis em diferentes ordens jurídicas), no segundo método temos a regra material (uniforme), que determina diretamente a solução aplicável à substância.

Observa-se que nos casos em que os contratos farmacêuticos e/ou vacinas se firmem nas referências clássicas do direito internacional, temos que as regras escolhidas para dirimir os conflitos sejam comuns no sistema jurídico interno dos contraentes envolvidos, havendo, portanto, coesão. Porém, caso tenhamos conflitos nestes regramentos a opção pela adoção das convenções bilaterais (regras de fonte internacionais) podem suprir esta desarmonia⁴¹. Aliadas a isto, regras não vinculativas (*soft law*) podem ser utilizadas também para a solução do conflito.

Assim, os contratos farmacêuticos transacionais (especialmente nesta crise de sanitária do COVID-19) são forjados para estabelecerem cláusulas que possam solucionar eventuais conflitos, geralmente aplicando as regras da isenção de responsabilidade em casos fortuitos e de força maior⁴², normalmente previstos nas regramento internos dos estados pactuantes, como se dá, por exemplo, no contexto da legislação privada brasileira.

41 Mazzuoli e Prado em 2021 citam exemplos de regras de fonte internacional entre eles a Convenção sobre Direito Internacional Privado que dele extraiu o código de Bustamante, documento legislativo mais importante na atualidade que rege questões de direito privado e aqui incluído a lei aplicável aos contratos internacionais na qual o Brasil aderiu dentre outros 16 estados.

42 O termo “Força maior” não é um conceito único, a exemplo para os chineses, no próprio art.117 da Lei de Contratos chinesa estabelece que force majeure compreende todas as circunstâncias objetivas que sejam, cumulativamente, imprevisíveis, inevitáveis e intransponíveis. RASMUS, Luis Felipe de Almeida; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. “O direito contratual chinês em face da pandemia de Covid-19” *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/direito-civil-atual-direito-contratual-chines-face-pandemia-covid-19>>, acesso em 17 de maio de 2021.

De semelhante forma, a China passou a emitir desde fevereiro de 2020⁴³ através do Conselho da China para Promoção de Comércio Internacional (CCPIT), certificados com base na força maior para as empresas locais, de modo a servir como uma prova pré-constituída⁴⁴. Estes certificados têm o condão de auxiliá-los em eventuais disputas jurisdicionais ou arbitrais com pactuantes estrangeiros por alegação de inadimplemento contratual.

Notadamente estes certificados (CCPIT) e a declaração do Congresso⁴⁵ terão um peso expressivo na aplicação da regra chinesa, seja judicial ou arbitral. As empresas que não conseguem cumprir suas obrigações contratuais ainda devem provar que o coronavírus (ou medidas de contenção do governo) as impediu de cumprir seu contrato. Estas medidas - previsão da força maior já foram utilizadas na ocasião do SARS em sendo a disputa do contrato internacional com base no inadimplemento da força maior (pandemia do coronavírus), a cláusula será reconhecida. Nos tribunais brasileiros naquele contexto de pandemia H1N, teve o mesmo entendimento aplicado⁴⁶.

Num contexto de negócios jurídicos transnacionais, essas questões tomam relevo, pois em sistemas da *civil law* há previsão na lei interna, diversamente do que ocorre nos sistemas da *comom law*. A saída está entre os pactuantes conceituarem o termo “força maior” e firmarem em cláusula específica (regra material) para ser alegada como excludente de responsabilidade, justificando o seu inadimplemento. A previsão contratual trará mais segurança jurídica e os pactuantes ainda poderão se valer de suspensão ou rescisão das obrigações.

Outro ponto importante nesse contexto é o da previsão de compartilhamento de riscos entre o Estado e a empresa fornecedora.

É de se esperar dos Estados a implementação de políticas públicas locais para garantia e o acesso a medicamentos mais inovadores no mercado e, nesse contexto de pandemia global, que se mostrem hábeis na corrida para a obtenção de vacinas. Logo, todo o processo de compra e aquisição de medicamentos inovadores, em especial da vacina para o vírus SARS-COV2, dá-se num contexto de incerteza e de concorrência.

A OMS declarou Emergência de Saúde Pública de Preocupação Internacional (EPSIC) em 30 de janeiro de 2020. Logo depois disso, o patógeno que causou um novo tipo de doença respiratória mais tarde conhecido como

43 FRANKEL, Allison. “Certificados chinos de fuerza mayor presagian complejidad para resolver disputas posteriores a crisis”. *REUTERS*. 16 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.reuters.com/article/us-otc-covid19/chinese-force-majeure-certificates-presage-complexity-of-resolving-post-crisis-disputes-idUSKBN2133MQ>>, acesso em 17 de maio de 2021.

44 RASMUS, Luis Felipe de Almeida; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. Op.cit.

45 FRANKEL, Allison. Op. cit.

46 Temos como exemplo o TRJSP. Apelação Cível 0038945-82.2009.8.26.0053; Relator (a): Lineu Peinado; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/11/2010; Data de Registro: 30/11/2010

Covid-19 foi isolado e o primeiro sequenciamento de genoma foi concluído. Somente depois que o EPSI foi anunciado, as instituições científicas / acadêmicas e os fabricantes começaram a desenvolver uma vacina contra o Covid-19. Esse fato tem desafiado cronologicamente o sistema público de saúde em todo o mundo, e as agências reguladoras não são exceção⁴⁷.

Neste contexto, as agências reguladoras que possuem procedimentos padrões para autorizar o uso dos produtos investigados teve que rever suas condições e desenvolver diretrizes, procedimentos e estabelecer grupos de trabalho e redes de cooperação para maximizar a eficiência da avaliação, revisão e autorização de produtos médicos. Segundo a OMS desde a concepção até a coleta de evidências de qualidade, segurança e eficácia suficientes para garantir que as vacinas sejam utilizadas em emergências de saúde pública, há um implemento de dificuldades no caso das vacinas, posto serem um produto médico mais complexo⁴⁸.

E neste cenário que os maiores laboratórios do mundo se voltaram exclusivamente para encontrar uma vacina para o combate do vírus, o que acelerou e um muito o ritmo das pesquisas, aqui considerada não apenas a metodologia, mas o emprego da tecnologia mais avançada para sua aplicação nas fases de estudos clínicos objetivando a neutralização do vírus⁴⁹, implicando no desenvolvimento de diversos processos de pesquisa e a necessidade que um grande investimento.

A despeito disso, o Estado deve garantir a saúde da sua população, devendo buscar eficiência na gestão para garantir o acesso aos medicamentos mais inovadores (vacinas, remédios etc.,). Daí reside a questão emblemática, como investir numa vacina ou medicamento num contexto de incerteza? E mais, reduzir essas incertezas como bem acentua Rodriguez-Ibeas et al⁵⁰ de que modo a garantir “à eficácia e efetividade, segurança, taxa de substituição de outras drogas, tamanho da população de pacientes potenciais, bem como o crescimento da taxa de prevalência da doença”. Todas estas pontuações devem ser consideradas, pois trazem implicações econômicas e enormes custos, devendo ser lidada com probidade e atenção.

47 OMS. “OMS - Precalificación de Productos Médicos (DIV, Medicamentos, Vacunas y Dispositivos de Inmunización, Control de Vectores)”. Disponível em <Coronavirus Disease (COVID-19) | WHO - Prequalification of Medical Products (IVDs, Medicines, Vaccines and Immunization Devices, Vector Control)>. Acesso em: 18 de maio de 2021.

48 Ídem.

49 Atualmente as vacinas listadas pela OMS são dos grandes laboratórios como da Pfizer/BioNTech, Astrazeneca-SK Bio, Serum Institute of India, Janssen e Moderna para uso emergencial, onde sinalizaram precosamente a sua corrida pela vacina. Disponível em: < WHO lists additional COVID-19 vaccine for emergency use and issues interim policy recommendations> . Acesso em 18 de maio 2021

50 ANTONANZAS, Fernando; JUAREZ-CASTELLO, Carmelo; RODRIGUEZ-IBEAS, Roberto. “Should health authorities offer risk-sharing contracts to pharmaceutical firms? A theoretical approach”. *Health Economics, Policy and Law*, 2011, 6, p. 391-403. Disponível em: <http://journals.cambridge.org/abstract_S1744133111000016>

O modelo risk sharing (compartilhamento de risco) no setor privado no Brasil tem destaque no caso pioneiro aplicado pela Unimed de São José do Rio Preto em parceria com a GSK Oncologia desde 2011, nesta parceria o desfecho é favorável, a UNIMED desembolsa a integralidade do custo do medicamento, mas se o desfecho não for favorável, o desembolso do custo do medicamento fica por conta da indústria farmacêutica (GSK Oncologia). Nota que o pagamento pelo produto é vinculado ao desempenho da indústria farmacêutica⁵¹.

No contexto de pandemia a gestão pública se valerá de uma metodologia diferenciada, a expertise para a tomada de decisão em processo voltados a medicamentos novos ou vacinas para o combate da covid-19, exige-se outro comportamento. Neste diapasão Claxton e Fenwick⁵² acrescenta que o acesso à informação da tecnologia usada na confecção do medicamento ou vacina terá sua implicação na análise destes conhecimentos apresentados o seu valor implicará consequentemente para reduzir os níveis de incertezas e propor custos para novas abordagens no intuito de reunir mais elementos para a pesquisa em saúde.

Em países mais abastados economicamente se valem de contratos de compartilhamento de risco⁵³, contudo exige-se equipe governamental preparada neste aspecto da gestão contratual, pois requer atenção rigorosa e um acompanhamento administrativo rigoroso⁵⁴. Casos assim, é muitas das vezes questionados judicialmente, neste particular a previsão de arbitragem em cláusula contratual seria uma saída mais rápida para a solução do conflito.

O interesse neste tipo de contrato de risco compartilhado como assevera Gérard de Pouvourville⁵⁵ temos as empresas investindo muitos mais recursos na produção justamente para garantir ótimo conhecimento ex-ante sobre o valor esperado do produto (medicamento ou vacina), e o Estado na qualidade de promitente comprador serão compelidos a ter maior transparência nas suas tomadas de decisões.

Os contratos desta natureza segundo Puig-Junoy e Meneu⁵⁶,

51 Risco compartilhado e lei aprovada no Brasil para incorporação de (saudebusiness.com)

52 FENWICK, E et al. "O valor da implementação e o valor de informação: desenvolvimento combinado e desigual". *Medical Decision Making*, 2008, Vol. 28, nº1, p. 21–32.

53 Em alguns países (Suécia, Holanda e alguns jurisdições do Reino Unido) onde os relatórios de avaliação econômica são disponíveis previamente para a adoção de decisões sobre preço e reembolso de novos medicamentos, o uso de contratos de compartilhamento de risco é sugerido para medicamentos cuja eficácia a taxa de ciência está acima de um determinado limite e também quando existem algumas incertezas em variáveis-chave (Oliva et al., 2008). (substituir por contrato de vacina covid).

54 ANTONANZAS, Fernando; JUAREZ-CASTELLO, Carmelo; Rodriguez-Ibeas, Roberto. Op. Cit.

55 POUVOURVILLE, Gérard de. "Risk-sharing agreements for innovative drugs", *European Journal of Health Economics*, 2006, nº7, p.155–157. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267721241_Aplicacion_de_los_contratos_de_riesgo_compartido_a_la_financiacion_de_nuevos_medicamentos> Acesso em 21 maio de 2021.

56 PUIG-JUNOY, Jaume; MENEU, Richard. "Aplicación de los contratos de riesgo compartido a la financiación de nuevos medicamentos". *Gestión Clínica y Sanitaria*, 2005. vol 7, nº3, p. 88–94. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267721241_Aplicacion_de_los_contratos_de_riesgo_compartido_a_la_financiacion_de_nuevos_medicamentos>

normalmente se pautam com os acordos de preço / volume, a ideia é de prevê o volume de vendas que se pretende atingir de acordo com suas expectativas de lucro, conhecendo previamente os níveis decrescentes de preços. Por seu turno, o comprador limita as consequências que um aumento do volume prescrição além das previsões estabelecidas sobre a relação custo-benefício. Assim um contrato de que tem por definição um valor fixo de vendas em sendo alcançados, os preços sofreram redução para o próximo evento ou nos casos de reembolso, que poderia se aplicar aos contratos das vacinas no Brasil, acordos voltados eficácia em caso não sejam alcançadas, os fabricantes restituirão o dinheiro.

Para Towse e Garrison⁵⁷ o impacto orçamentário, desconto de preço, incerteza de resultados e subgrupo incerteza são motivos para optar pelo compartilhamento de risco contrato e neste diapasão Stafinski⁵⁸ et al reforça que na abordagem de desenvolvimento de acesso com evidência (AED) temos esquemas baseados em resultados de saúde e garantias de resultados financeiros como justificativa para os termos do acordo com base no compartilhamento de risco.

Para evitar que negócios (inclusive contratos de vacinas) que envolvem riscos não sofram uma desigualdade entre os pactuantes na distribuição dos riscos, é que modelo risk-sharing⁵⁹ tem sua relevância nestes tipos de negócios, pois as perdas associadas aos riscos podem ser acordadas fixando regras claras, condições ou padrões estabelecidos para gerir e dividir os riscos⁶⁰.

Denota desta afirmação que os regramentos propostos no negócio terão o condão de propiciar um ambiente capaz de maximizarem os ganhos e se minimizarem as perdas dos contratantes que financia ou investe seu capital. O autor ainda destaca que normalmente estas regras podem estar associadas a eficiência ou aos resultados esperados por quem negocia, mas além disso podem visar a redução das perdas associadas a externalidades, esta última não podendo ser controladas tampouco depende de seus agentes envolvidos.

Acesso em 10 de maio de 2021.

57 TOWSE, Adrian; GARRISON Jr, Louis.P.. “Can’t get no satisfaction? Will pay for performance help?: Toward an economic framework for understanding performance-based risk-sharing agreements for innovative medical products”. *Pharmacoeconomics*, 2010, 28, p.93–102.

58 STAFINSKI, Tania et al. “Mechanisms for Managing Uncertainty in Decisions on the Introduction of New and Innovative Technologies into Healthcare Systems”. *Pharmacoeconomics*, 2010, vol 28, p. 113-142.

59 Compartilhamento de risco, este modelo é complexo, pois exige uma geração e compartilhamento de informações transparentes e no caso do Brasil perpassa por uma agência Nacional de Vigilância Sanitária para obter evidência, contudo não impede que os negociantes se antecipam, estabelecem no contrato para regular o papel de cada agente aqui envolvido.

60 MEDICI, Andre Cezar. “Compartilhamento de Risco em Saúde no Brasil”: Entrevista para Cristina Ballerini da Editora Phoenix. Ano 13, nº 99, setembro 2019. Disponível em: < 10.13140/RG.2.2.18648.85763>

Para uma gestão de risco exitosa deve estar acompanhada ao nível de informação detido pelo agente que administra o risco. Pois do contrário, não será possível chegar a uma precisão do risco e a expectativa de estimar os ganhos reais do negócio investimento.

Na área da saúde e todo o seu entorno demanda medicamentos e sempre os deparamos com inovações que se espera do financiador da pesquisa um comportamento avesso ao risco, é necessário e faz parte deste contexto, pois do contrário inúmeras drogas não estaria disponível no mercado para suprir as mais diversas doenças com grau de complexidade para a cura. Por conta disso temos termos do acordo validado sob a batuta dos ganhos estão associados ao volume de vendas dos produtos ou ao resultado da eficácia do medicamento.

Para Medici⁶¹), exista a possibilidade de haver dificuldades na organização de esquemas de compartilhamento de risco, não deixa de ser vantajoso “como garantias de que os custos não serão pagos se os resultados não forem alcançados, podem ser usados para sinalizar positivamente uma alta qualidade e confiança quando pela falta de evidências, a eficácia do produto não é facilmente observável”.

O governo pactuando com uma indústria farmacêutica, tem capacidade e logística para auxiliar na gerência de incertezas quanto ao custo e a efetividade de um determinado medicamento. No cenário da pandemia, temos que a pesquisa se baliza na urgência da entrega da vacina, portando os custos decorrente destas externalidades, é preciso ser agregado ao custo que pela natureza a situação passa a ser passível de compartilhamento.

Este modelo é complexo, pois exige uma geração e compartilhamento de informações transparentes e no caso do Brasil perpassa por uma agência Nacional de Vigilância Sanitária para obter evidência, contudo não impede que os negociantes se antecipam, estabelecem no contrato para regular o papel de cada agente aqui envolvido. Numa relação negocial que envolva a incerteza da eficácia da vacina ou medicamento entre empresa e Estado estrangeiro num contrato de compartilhamento de riscos é perfeitamente possível o pedido de reembolso.

5. A PREVISÃO DA ARBITRAGEM E FUNDOS NÃO SOBERANOS

A arbitragem enquanto mecanismo para a resolução de litígios se constitui em um instrumento jurídico importante e útil, e que é usado nas relações privadas em razão do princípio da autonomia da vontade, nomeadamente no que se refere à escolha da lei aplicável nas relações contratuais.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial além das consequências afetas diretamente as nações envolvidas, tem-se o surgimento de organismos

61 Ídem.

internacionais com a pauta de pacificar os conflitos decorrentes relações comerciais internacionais. A arbitragem tem sido utilizada como meio jurídico de resolução de conflitos de destaque devido o impulso comercial que começou a ser desenhado. Muito embora seja um instituto utilizado há muito tempo, é considerado pela doutrina como contemporânea e atual.

As estruturas de organizações no universo internacional são “livres” não se obstaculizam as políticas de negócios, diferente no campo interno, no Direito Nacional, contudo o contexto das transformações impostas pela globalização, exigem por consequência uma mudança ou novo direito, o Direito Transnacional, decorrente do pluralismo jurídico⁶².

Desta forma Montserrat Filho⁶³ afirma que os Estados são obrigados pela própria imposição da globalização a harmonizar seus interesses com as demais partes envolvidas, de modo a garantir a diversidade de interesses internacionais, acrescenta ainda Ramos⁶⁴ produzindo regras ou normas e decisões voltadas para o objeto de disputa, uma visão privada, descentralizada do Estado, mas com apoio direito ou indireto do seu conteúdo normativo.

Assim, a opção da arbitragem como forma de resolução de conflito aliada a previsão da utilização da *lex mercatoria* como um direito (regras e decisões criadas pelos próprios agentes envolvidos no negócio jurídico) aplicável ao objeto de disputa se deparará num ambiente menos hostil, pois foram baseados na autonomia da vontade, princípio basilar da arbitragem. Deste modo afirma, Strenger⁶⁵:

[...] o regime arbitral é que melhor exprime a independência do comércio internacional no que concerne à solução de seus problemas, residindo nos textos de suas decisões os melhores repositórios para justificar a Lex Mercatoria.

Segue ainda Strenger⁶⁶ dizendo que “[...] a arbitragem tem sido campo fértil para justificar a implantação da Lex Mercatoria, dada a sua crescente desvinculação, seja das leis impositivas nacionais, seja das jurisdições estatais.”

Fornasier⁶⁷ corrobora a afirmação de Strenger ao afirmar que essas relações transfronteiriças se aprimoraram e tornaram cada vez mais complexas a ponto de o Estado render-se à globalização sob a possibilidade

62 RAMOS, A.C. “Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia”. *Revista Direito Internacional e Biodiversidade*. 2016, vol 15, nº2, p.503-521.

63 MONTSERRAT FILHO, J. “Globalização, interesse público e direito internacional”. *Estudos Avançados*. São Paulo Sept./Dec. 1995, vol9, nº25, p.77-92.

64 RAMOS, A. C. Op. Cit.

65 STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 70.

66 *Ibid.*, p.71.

67 FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOARES, Fabricio Zambra. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, janeiro a abril de 2020, ano 14, vol 21, nº1.

de não avançar nessas relações de diversidades de interesses internacionais, como consequência a marginalização frente às cooperações internacionais de cunho comercial. Trata-se de um instrumento jurídico importante para as nações que pretendem participar ativamente nas interfaces da econômica mundial e não se manter inerte neste processo de desenvolvimento constante da economia mundial.

Nesta lógica as regras da *lex mercatória* oferecem segurança jurídica aos envolvidos nas relações transnacionais, pois suas regras e decisões são criadas pelos interessados, o que se assoma em razão da disparidade dos sistemas jurídicos e culturais espalhados pelo mundo, ademais a realidade de cada país pode influenciar de modo desfavorável na dinâmica do comércio internacional, a exemplo questões ideológicas, meio ambiente, corrupção entre outros.

A arbitragem se difundiu em razão da clara desconfiança que os atores internacionais em relação aos órgãos nacionais, pois, de fato, há uma clara incerteza em se ficar à mercê das normas internas dos estados, pois, segundo Grebler ⁶⁸ “... não é possível afirmar com certeza que o direito nacional de determinado país será sempre aplicável às transações comerciais que envolverem os seus nacionais”.

Para Dolinger e Tiburcio⁶⁹ existem três tipos de arbitragem: arbitragem de direito internacional público, arbitragem de investimentos e a arbitragem comercial internacional. No primeiro caso é necessário a formalização de um tratado internacional, seu processamento e decisão é pautada pelo Direito Internacional Público. Devendo ser cumprida o laudo (decisão) arbitral, sob pena de incorrerem em ilícito internacional. No segundo caso, os investidores estrangeiros e os Estados se submetem a lei aplicada pelo árbitro, podendo a lei escolhida não ser de nenhum estado nacional. E vale destacar que pela regra brasileira (Lei de arbitragem) os artigos 34 e 40 exigem a homologação do laudo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), com ressalvas determinadas pelo art. 38 da mesma lei. Por fim a arbitragem comercial internacional, que também pode ser identificada pela expressão arbitragem transnacional, esta é empregada a fatos que não se enquadrem nos outros tipos indicados, razão qual ocorreu uma abertura na recepção pelos ordenamentos internos de algum país aos costumes ou princípios que regem o comércio internacional e, no caso do Brasil, com a respectiva homologação do laudo pelo STJ⁷⁰.

A convenção de arbitragem é condição essencial para a instituição da arbitragem, sem a qual o julgamento do conflito ficará condicionado ao monopólio Estatal, eis o caráter imperativo decorrente da autonomia

68 GREBLER, E. “A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro” Em: *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. vol. 1, nº1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 96.

69 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

70 FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOARES, Fabricio Zambra. Op.cit.

da vontade e se apresentam de dois modos: de cláusula compromissória e de compromisso arbitral. Suas características e vantagens é visível não somente pela confidencialidade em relação ao litígio público estatal e com isso preservando a imagem dos litigantes no decorrer de um processo desgastante, como também é livre e espontâneo o interesse dos litigantes em renunciar à jurisdição estatal para solução do conflito, elegendo a via arbitral. Outro ponto importante, é o fato de as partes ter o poder de escolha e delimitar qual o direito material a ser aplicado e o seu procedimento até a entrega do laudo arbitral e conseqüentemente a pacificação do conflito.

A cláusula compromissória conforme Didier Júnior⁷¹ é “ato voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. Nota-se no compromisso arbitral, o contrato pelo qual as partes envolvidas sujeitam um conflito ao julgamento da arbitragem temos apenas uma previsão de sua ocorrência, e uma vinculação ao instituto, enquanto cláusula compromissória precede um conflito de interesses instaurado entre as partes.

Vale ressaltar que dentre os requisitos exigidos na Lei nº 9.307/96 (Lei Brasileira) o objeto de regulação da arbitragem se circunscreve aos direitos patrimoniais disponíveis. Em relação aos demais regramentos de instituições arbitrais a permissão para as hipóteses suscetíveis de recurso à arbitragem poderá ser mais abrangente, como é o caso da Lei Modelo da UNCITRAL para Arbitragem Internacional Comercial onde prevê que toda lide relacionada com o comércio internacional se torna suscetível à arbitragem. Já na Câmara de Comercio Internacional a ideia é resolver as disputas comerciais e comerciais internacionais com o intuito de apoiar o comércio e o investimento. Nota-se na mudança da Câmara que retirou a exclusividade relações comerciais de caráter internacional, agora prevê as disputas comerciais, existe diversas possibilidades de escolha de procedimentos administrados como alternativa ao litígio para resolver disputas nacionais e internacionais. Vindo ainda a ampliar a prestação de serviços seja a indivíduos e empresas do setor privado a estados e entidades estatais.

Logo é se notar a relevância da arbitragem como instrumento de solução de conflitos em âmbito internacional, considerando seu caráter jurisdicional, diferente do método negocial da mediação e da conciliação, pois o confronto da pluralidade de ordenamentos jurídicos e, ainda a diversidade encontrada em cada nação envolvida em transações internacionais, provoca divergências importantes na resolução do conflito decorrente das cláusulas negociais. Para Glitz⁷², as “[...] divergências entre o Direito transnacional e

71 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil* : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol 1, 17ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 376-377.

72 GLITZ, Frederico.E.Z. *Contrato, globalização e Lex mercatoria*. Rio de Janeiro: Clássica,

a legislação doméstica tendem a se dissipar conforme se harmonizem os princípios relacionados aos negócios internacionais”.

Nesse sentido, é bastante óbvio pensar que a arbitragem se orienta por uma lógica *favor creditoris*, vale dizer, uma lógica que privilegia o adimplemento integral da obrigação convencionada, na medida em que a arbitragem transnacional goza de uma credibilidade que os sistemas nacionais não têm.

No caso do contrato de compras das vacinas envolvendo governo brasileiro e a Pfizer/BioNTech previu como cláusulas arbitrais de rescisão: por justa causa, por rescisão mútua ou em caso de insolvência. No caso da justa causa as partes poderão encerrar o contrato desde que notifiquem qual cláusula foi violada e não sanada no decorrer de 30 dias a contar da notificação. Em se tratando da rescisão por parte da Pfizer recairá ao Estado brasileiro o pagamento total de toda das doses contratadas ressalvadas àquelas já pagas à Pfizer anteriormente (data definida no contrato). E na possibilidade de rescisão mútua temos imposição de três condições: a) a vacina não obter a autorização da Anvisa até 30 de setembro de 2021, cláusula já superada, torna sem efeito; b) a Pfizer não cumprir com a entrega das doses do produto até 30 de abril de 2022 e, c) sujeito às prorrogações previstas no contrato; ou se a empresa não entregar todas as doses contratadas até 31 de dezembro de 2022. Neste último caso o Brasil estaria autorizado faturar a Pfizer um reembolso de 100% (cem por cento) daquelas doses já pagas adiantadas e não entregues.

A emergência foi determinante para a lei n. 14.124 de 10 de março de 2021, dispor sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas contra o Covid-19 com previsão da dispensa de licitação por parte da Administração Pública direta ou indireta a celebrar contratos desta natureza.

As cláusulas compromissórias decorrente deste contrato transnacional teve em particular autorização pela mesma lei com a ressalva de que as condições impostas sejam indispensáveis para obter o bem ou garantir a prestação do serviço tais como: “I) eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado; II) hipóteses de não imposição de penalidade à contratada; e III) outras condições indispensáveis devidamente fundamentadas”⁷³.

Em que pese a referida lei nada mencionar sobre o método de resolução de conflito, foro competente ou lei aplicável e apenas autorizar em caso de

2012, p. 279.

73 BRASIL. Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021. Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. *Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14124.htm>.

omissão recorrer a nova lei de licitação (Lei N° 14.133 de 1° abril de 2021), que no seu art. 92 parágrafo 1° onde dispõem: “Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual (...)”, contudo exclusão disso seria aplicadas somente as ressalvas trazidas em três hipóteses inclusive não aplicáveis neste caso em questão. A questão deve ser discutida pela lei de arbitragem e não a lei de licitação, onde no seu art. 1º, § 1º autoriza “Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, logo pela escolha da arbitragem como método de resolução de conflito no contrato entre a União e a Pfizer pauta pela legalidade.

Com relação ao foro competente ambas as leis não trouxeram previsão expressa, mas por analogia aplicaríamos a lei 8.987 de 15 de fevereiro de 1995, que dispõem sobre “o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (...)” onde no seu art. 23-A. estabelece que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil (...)” no idioma português, nos termos da lei de arbitragem.

Quanto a lei aplicável esta não restou dúvidas, pelo princípio da autonomia da vontade a União anuiu a lei de Nova York ao contrato com a empresa Pfizer, muito embora Lei brasileira de Arbitragem não impôs o seu império como a lei a ser aplicável para dirimir o conflito, aqui estamos diante de atos de gestão e não de império a ponto de sucumbi ou violar soberania estatal. Trata-se de um contrato de compra e venda de vacinas, contudo a parte da doutrina entende que a falta de previsão expressa, não autoriza a aplicação do princípio da autonomia da vontade como justificativa para a submissão da União à legislação de Nova York⁷⁴.

No tocante a jurisdição, sede de arbitragem em Nova York todas as decisões decorrentes do procedimento arbitral daquele tribunal vinculam seus pactuantes ao seu cumprimento. Como o Brasil em cláusula compromissória renunciou a imunidade de jurisdição relativa, para fins de execução de qualquer decisão, despacho ou sentença arbitral⁷⁵. O curioso

74 DIAS, Joyce; CAÑIZO, Amanda de Moura. “O contrato entre União e Pfizer sob a ótica do Direito Internacional Privado”. *Consultor jurídico*. 10 maio de 2021. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-10/opiniao-contrato-entre-uniao-pfizer-compra-vacinas> >. Acesso em 27 julho de 2021.

75 Contrato cláusula 9.4 “em nome próprio e da República Federativa do Brasil, expressa e irrevogavelmente submete[u]-se à jurisdição dos tribunais de Nova York, ou de qualquer outro tribunal competente, para fins de execução de qualquer decisão, despacho ou sentença arbitral”

disto é que em eventual discussão sobre essa renúncia de Imunidade de Jurisdição do Estado e da execução das decisões, tanto o Brasil e os Estados Unidos não ratificaram o aceite da convenção da ONU neste particular⁷⁶.

Ao que nos parece questão de emergência acabou por ditar tom das cláusulas compromissórias no contrato de compra de venda das vacinas contra o Covid-19 entre o Brasil e a empresa Pfizer, pois uma renúncia tão ampla e irrestrita de imunidade de jurisdição em verdade poderia ser perfeitamente ser questionado em sede recurso, ademais em eventual condenação do Estado Nacional teria que passar pelo crivo do STJ para a homologação da decisão estrangeira e a tese certamente levantada seria a violação ao princípio da ordem pública.

Nota-se pela legalidade deste negócio jurídico em questão, a cláusula compromissória controversa poderia recair na renúncia da ampla e irrestrita imunidade de jurisdição e execução, o Brasil evidentemente fica mais exposto num contrato onde idioma e lei aplicável ao julgamento do mérito não é o seu.

De qualquer sorte a situação extrema da pandemia e na busca de garantir a o acesso das vacinas para a coletividade e sob o manto direito fundamental à saúde, a União fragilizou o equilíbrio entre direitos e deveres nesta relação jurídica, cláusula de eventual pagamento antecipado com a possibilidade de perda do valor antecipado, contudo, é do risco compartilhado já tratado anteriormente.

No tocante, de outro lado, à formação de fundos não soberanos como garantia de adimplemento das obrigações avençadas, elas se mostram de extrema importância por excepcionarem a imunidade jurisdicional dos Estados, seja a de caráter jurisdicional, seja a executória.

Com efeito, em decorrência do princípio da igualdade soberana, aplica-se à matéria o princípio *“par in parem nom habet iudicium”*. Assim, qualquer controvérsia entre particular e um Estado deve ser solvido em sua jurisdição, salvo as exceções que têm sido construídas pela jurisprudência dos poderes judiciários nacionais, como a distinção entre ato de império e ato de gestão ou decorrente de graves violações aos direitos humanos.

O mesmo se espria, como não poderia ser diverso, aos bens e valores pertencentes aos Estados e que se encontrem no exterior. A rigor, referidos bens e valores gozam de imunidade de execução, de forma que não poderão sofrer constrição por ordem de um órgão jurisdicional estrangeiro.

Se a regra é bastante importante para as relações entre os Estados, de forma que bens e valores não poderão sofrer constrição ou restrição de forma unilateral, é bastante óbvio que para os credores particulares essas regras poderão implicar em verdadeiras restrições ao gozo de direitos, na medida em que implicariam na obrigação de judicialização e execução perante os tribunais nacionais, ensejando, em muitas circunstâncias, um atraso significativo para o adimplemento efetivo da obrigação, senão uma

⁷⁶ Previsto no art. 7 e art. 19.

impossibilidade temporal prolongada, como ocorre, e.g., no Brasil com a exigência constitucional de precatórios, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem sido causa de uma verdadeira humilhação para muito jurisdicionados, e de enormes celeumas constitucionais, inclusive no campo das propostas de emenda à constituição.

Logo, a previsão de fundos não soberanos como forma de se permitir o adimplemento dos contratos transnacionais, em particular no campo do fornecimento de vacinas e ou demais medicamentos, está ligado imediatamente ao postulado *favor creditoris*, na medida em que se privilegia a satisfação do crédito em relação ao interesse do devedor, ainda mais em matéria que envolve o desenvolvimento de tecnologia farmacêutica com altíssimo custo para todos os envolvidos.

CONCLUSÃO

No presente trabalho se buscou demonstrar que, por decorrência da incidência das regras e dos princípios do Direito Transnacional, em sua conformação como campo autônomo das relações internacionais, todos os atores internacionais, estatais ou não estatais, se encontram destituídos de privilégios e prerrogativas que o Direito Internacionais concede, em especial aos Estados, como condicionantes necessários à preservação, de um lado, de sua autoridade e independência, e de outro como limitação à intervenção em esfera própria às suas jurisdições. Em síntese, o “*par in parem nom habet iudicium*” é um postulado do Direito Internacional inerente à soberania estatal.

Em sede de Direito Transnacional, pelo fato de o Estado agir como um particular (*iure gestionis ou privatorum*), ele não pode arguir seus direitos e privilégios internacionais em relação à outra parte, na medida em que, para o bem e para o mal, as relações transnacionais privilegiam a satisfação do crédito.

Logo, as cláusulas de constituição de arbitragem transnacional, de formação de fundos não soberanos ou de risk-sharing são instrumentos que têm por finalidade a distribuição equitativa dos riscos do negócio e satisfação efetiva da obrigação, impondo aos Estados uma relação substancialmente isonômica, vez que não poderá, a rigor, se socorrer de suas prerrogativas asseguradas pelo Direito Internacional.

A “recusa” inicial do governo brasileiro em obter do fornecedor transnacional as doses de vacinas indispensáveis ao debelamento da pandemia de COVID-19 sob tais argumentos foram, de fato, desculpas esfarrapadas para uma péssima, se não criminoso, gestão nacional da crise sanitária. Se o mundo despertou numa manhã de sonos intranquilos na pandemia de COVID-19, os brasileiros parecem ainda estar imersos no pesadelo de final da noite que se abateu, presumidamente a Gregor Samsa.

Mas mesmo uma noite tenebrosa termina, e o novo dia trás o esplendor que o sol a nascer comunica na renovação da esperança, que só o é porque, em meio ao caos, se a intui como potência redentora de uma tanatopolítica que assola a todos.

CONFLITO DE INTERESSE E FINANCIAMENTO

Os autores declaram que o artigo não apresenta nenhum conflito de interesse foi escrito no exercício da liberdade de cátedra e de pesquisa científica, não tendo sido financiado por nenhuma organização.

CONTRIBUIÇÃO DOS AUTORES

Os autores declaram que o arquivo foi escrito em co-autoria, com igual responsabilidade e distribuição de ônus.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratados de Direito Internacional Público*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ANTONANZAS, Fernando; JUAREZ-CASTELLO, Carmelo; RODRIGUEZ-IBEAS, Roberto. "Should health authorities offer risk-sharing contracts to pharmaceutical firms? A theoretical approach". *Health Economics, Policy and Law*, 2011, 6, p. 391-403. Disponível em: <http://journals.cambridge.org/abstract_S1744133111000016>

BARIFOUSE, Rafael. "Covid-19: os 5 fatos que mostram por que o Brasil está no pior momento da pandemia". 1º de março de 2021. BBC News Brasil. Disponível em< <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56247092>>

BENTHAM, Jeremy. *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*. New York: Dover, 2012.

BERGAMO, Mônica. Ministério da Saúde quebra cláusula de confidencialidade e divulga contrato com a Pfizer. Disponível em: <<http://bitly.ws/d4In>>

BRAILLARD, Phillipe. *TEORIAS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1990.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Curso de Direito Internacional: Teoria Geral do Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: CEDIN/Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Curso de Direito Internacional: Teoria Geral do Direito Internacional Público*. vol 1. Belo Horizonte: CEDIN/Konrad Adenauer Stiftung, 2019. p.189

BRASIL. Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021. Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14124.htm>.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. “Coronavírus”. Disponível em:<www.gov.br>.e < <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus>>

BRASIL. FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Disponível em: <Vacina Covid-19: Ensaio Clínico - Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz): Ciência e tecnologia em saúde para a população brasileira>

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Nota de 20 de janeiro de 2021. Disponível em <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/nota-1>>

CARMONA, Alberto, Carlos, et al. *20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz*. Grupo GEN, 2017.

CARVALHO, Daniel; CANCIAN, Natalia. “Governo rejeitou 70 milhões de doses da Pfizer, das quais 3 milhões poderiam já ter sido aplicadas”. 6 de março de 2021. Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/03/governo-negou-3-vezes-ofertas-da-pfizer-e-perdeu-ao-menos-3-milhoes-de-doses-de-vacina.shtml>>

CHADE, Jamil. “Brasil se alia aos países ricos e acesso à vacina se transforma em crise”. 20 novembro de 2020. UOL Notícias. Disponível em < <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/11/20/brasil-se-alia-aos-paises-ricos-e-acesso-a-vacina-se-transforma-em-crise.htm> >

CHADE, Jamil. “Compra de vacina deve dividir mundo entre países vacinados e não-vacinados”. 3 de dezembro de 2020. UOL Notícias. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/12/03/paises-ricos-acumulam-vacinas-e-pobres-mergulham-em-escassez-de-doses.htm>>

CHADE, Jamil. “Na Índia, Brasil é alvo de protestos por vetar quebra de patentes de vacinas”. 2 de fevereiro de 2021. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/02/02/na-india-brasil-e-alvo-de-protestos-por-vetar-quebra-de-patente-de-vacinas.htm>>

CHADE, Jamil. “Na pandemia, 99 países defendem fim de patente para vacina; Brasil é contra”. 11 de novembro de 2020. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/11/19/na-pandemia-99-paises-defendem-fim-de-patente-para-vacina-brasil-e-contra.htm>>

CHADE, Jamil. “Novo epicentro, Brasil tem 30% das novas infecções no mundo em 24 horas”. 5 de março de 2021. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/03/05/novo-epicentro-brasil-tem-30-das-novas-infeccoes-no-mundo-em-24-horas.htm>>

CHADE, Jamil. “Novo instrumento da geopolítica, vacina escancara erros do Itamaraty”. 20 de janeiro de 2021. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/01/20/novo-instrumento-da-geopolitica-vacina-escancara-erros-da-itamaraty.htm>>

CHADE, Jamil. “Na Índia, Brasil é alvo de protestos por vetar quebra de patentes de vacinas”. *UOL Notícias*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/02/02/na-india-brasil-e-alvo-de-protestos-por-vetar-quebra-de-patente-de-vacinas.htm>>

CNN Brasil. “Atraso na vacinação e estímulo econômico fraco impedem recuperação da Europa”. 2 março de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/03/02/atraso-na-vacinacao-e-estimulo-economico-fraco-impedem-recuperacao-da-europa>>

COLOMBO, Sylvia. “Paraguai na encruzilhada”. 11 de março de 2021. *FOLHA DE SÃO PAULO*. Disponível em: <<https://sylviacolombo.blogfolha.uol.com.br/2021/03/11/paraguai-na-encruzilhada/>>

COUTINHO, João Pereira. “Mundo pós-pandemia será lembrado como a gripe espanhola, um embarço”. 1º de março de 2021. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/joaopereiracoutinho/2021/03/mundo-pos-pandemia-sera-lembrada-como-a-gripe-espanhola-um-embaraco.shtml>>

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Guerra do Terror: da biopolítica à bioguerra*. Porto Alegre: Editora Fi, 2014.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. “Soberania, Transconsconstitucionalismo e Direito Transnacional”. Em: LIZIERO, Leonam, TEIXEIRA, João Paulo Allain (Org). *Marcelo Neves como intérprete da Sociedade Global*, vol 4, Andradina: Editora Meraki, 2020, p. 23-47.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIAS, Joyce; CAÑIZO, Amanda de Moura. “O contrato entre União e Pfizer sob a ótica do Direito Internacional Privado”. Disponível em: <ConJur - Opinião: O contrato entre União e Pfizer para compra de vacinas>

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. vol 1, 17ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 376-377.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FENWICK, E.; CLAXTON K; Sculpher M. “O valor da implementação e o valor de informação: desenvolvimento combinado e desigual”. *Medical Decision Making*, 2008, vol. 28, nº1, p. 21–32.

FOLHA DE SÃO PAULO, Caderno Mundo. “Brasil é único país em desenvolvimento contra ação na OMC para difundir vacinas”. 10 de março de 2021. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/03/brasil-e-unico-pais-em-desenvolvimento-contra-acao-na-omc-para-difundir-vacinas.shtml>>

FOLHA DE SÃO PAULO, Caderno Mundo. “Índia ultrapassa Brasil no ranking da pandemia e pode alcançar os EUA em outubro”, 7 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/09/india-ultrapassa-brasil-como-segundo-pais-mais-atingido-pela-covid-19.shtml>>

FOLHA DE SÃO PAULO. “Governo rejeitou 70 milhões de doses da Pfizer, das quais 3 milhões poderiam já ter sido aplicadas”. 6 de março de 2021. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/03/governo-negou-3-vezes-ofertas-da-pfizer-e-perdeu-ao-menos-3-milhoes-de-doses-de-vacina.shtml>>

FORNASIER, M.O.; FERREIRA, L.V.; FERREIRA, C.F. Neomedievalismo jurídico ou hipercomplexidade? Comparando os pluralismos medieval e contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ* - Rio de Janeiro, n. 30 , dez. 2016.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOARES, Fabricio Zambra. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. janeiro a abril de 2020, ano 14, vol 21, nº1.

FRANKEL, Allison. “Certificados chinos de fuerza mayor presagian complejidad para resolver disputas posteriores a crisis”. REUTERS. 16 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.reuters.com/article/us-otc-covid19/chinese-force-majeure-certificates-presage-complexity-of-resolving-post-crisis-disputes-idUSKBN2133MQ>>

GITHUB.COM. “COVID-19 Data Repository by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University. Disponível em: <<https://github.com/CSSEGISandData/COVID-19>>

GLITZ, F.E.Z. *Contrato, globalização e Lex mercatoria*. Rio de Janeiro: Clássica, 2012.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GREBLER, E. “A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro” Em: III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, vol. 1, nº1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006.

INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION. *ICDR No. 01-16-0000-705, Final Declaration*. Disponível em: < <https://www.icann.org/en/system/files/files/irp-amazon-final-declaration-11jul17-en.pdf>>

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS-ICANN. “Consideración de la propuesta de la empresa Amazon acerca de las inquietudes constantes de los Estados miembros de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA) sobre: Solicitud del nuevo gTLD . AMAZON de 15.05.2019”, Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/board-material/resolutions-2019-05-15-es#1.c>>

JESSUP, Phillip C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

KAFKA, Franz. “The complete stories”. Tradução de Nahum Norbert Glatzer, New York: Schocken Books, 1983.

KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. *Nebraska Law Review*. Vol 75, nº 1, 1996, p. 181-207.

KOTZUR, Markus. *A Soberania Hoje. Palavras-Chave para um Diálogo Europeu Latino-Americano Sobre um Atributo do Estado Constitucional Moderno*. Trad. Marcus V. X. de Oliveira e Gabriel G. de Godói, *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, 2012, p. 1-19.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 17.

MANGE, Flavia Foz. “As características do Direito Transnacional como metodologia: análise sob o enfoque dos aspectos processuais da arbitragem”. *Revista de Direito Internacional*. vol 13, n° 3, Brasília, 2016, p. 126-146.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “Responsabilidade Internacional dos Estados por Epidemias Transnacionais e Pandemias: O Caso do COVID-19 da República Popular da China” (24 de abril de 2020). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 23, Abr.-Jun. 2020, Disponível na SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=3584944> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3584944>>

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; PRADO, Gabriella Borges. “Contratos comerciais internacionais e situações de crise sanitárias transnacionais no contexto do MERCOSUL”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Mayo 2021, año 9, n° 17, p. 172-204.

MEDICI, Andre Cezar. “Compartilhamento de Risco em Saúde no Brasil”: Entrevista para Cristina Ballerini da Editora Phoenix. Setembro 2019, ano 13, n° 99. Disponível em: <[10.13140/RG.2.2.18648.85763](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.18648.85763)>

MONTERRAT FILHO, J. “Globalização, interesse público e direito internacional”. *Estudos Avançados*. São Paulo Sept./Dec. 1995, vol 9, n°25, p.77-92.

MOTTA, Andrea Limani B. *Curso Introductório de Direito Internacional do Comércio*. Editora Manole, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OMS. “OMS - Precalificación de Productos Médicos (DIV, Medicamentos, Vacunas y Dispositivos de Inmunización, Control de Vectores)”. Disponível em: <[Coronavirus Disease \(COVID-19\) | WHO - Prequalification of Medical Products \(IVDs, Medicines, Vaccines and Immunization Devices, Vector Control\)](https://www.who.int/publications/m/item/coronavirus-disease-covid-19-prequalification-of-medical-products-ivds-medicines-vaccines-and-immunization-devices-vector-control)>

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Introdução às relações internacionais*. Petrópolis: Vozes, 2004.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *POLÍTICA INTERNACIONAL*. Brasília: FUNAG, 2012.

PINTO, Ana Luiza Baccarat da Mota; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

POUVOURVILLE, Gérard de. “Risk-sharing agreements for innovative drugs”, *European Journal of Health Economics*. 2006, nº7, p.155–157. Disponível em: < <https://doi.org/10.1007/s10198-006-0386-6>>

PUIG-JUNOY, Jaume; MENEU, Richard. “Aplicación de los contratos de riesgo compartido a la financiación de nuevos medicamentos”. *Gestión Clínica y Sanitaria*, 2005. vol 7, nº3, p. 88–94. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267721241_Aplicacion_de_los_contratos_de_riesgo_compartido_a_la_financiacion_de_nuevos_medicamentos>

RAMOS, A.C. “Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia”. *Revista Direito Internacional e Biodiversidade*. 2016, vol. 15, nº.2, p. 503-521.

RASMUS, Luis Felipe de Almeida; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. “O direito contratual chinês em face da pandemia de Covid-19” *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/direito-civil-atual-direito-contratual-chines-face-pandemia-covid-19>>

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina M. Vial, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

SHAHAL, Andrea. “Banco Mundial prevê salto de 4% no PIB Global em 2021”. Agência Reuters Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2021-01/banco-mundial-preve-salto-de-4-no-pib-global-em-2021>>

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 5ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

SOBRINHO, Wanderley Preite. “Vacinação precisa aumentar 11 vezes no Brasil para conter covid em 1 ano”. 21 de fevereiro de 2021. UOL Notícias, Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/02/21/covid-19-coronavirus-vacina-brasil-ritmo-de-vacinacao.htm>>

STAFINSKI, Tania et al. "Mechanisms for Managing Uncertainty in Decisions on the Introduction of New and Innovative Technologies into Healthcare Systems". *Pharmacoeconomics*, 2010, vol 28, p. 113-142.

STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 70.

TEUBNER, Günther. "A Bukovina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional". *Revista Impulso*, 2003, vol 14, p. 9-31. Trad. Peter Naumann Piracicaba.

TOWSE, Adrian; GARRISON Jr, Louis.P.. "Can't get no satisfaction? Will pay for performance help?: Toward an economic framework for understanding performance-based risk-sharing agreements for innovative medical products". *Pharmacoeconomics*, 2010, 28, p.93–102.

TRIEPEL, Carl Henrich. *Le rapports entre droit interne et le Droit International*. RCADI 62, 1923, vol 1.

VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENTURA, Deisy; AITH, Fernando; REIS, Rossana. "Propagação da Covid-19 no Brasil foi intencional. Resposta do governo federal à pandemia pode constituir ataque generalizado e sistemático à população civil e crime contra a humanidade". 20 de ço de 2021. *Folha De São Paulo. Caderno Tendências e Debates*. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2021/03/propagacao-da-covid-19-no-brasil-foi-intencional.shtml> >



Transnational Law, pharmaceutical contracts and the
transnational arbitration and constitution of non-sovereign
funds clauses. An analysis by favor creditoris logic

Abstract: In this work we discuss the complexities of transnational relations that are inserted in pharmaceutical contracts between States and Transnational Pharmaceutical Companies, particularly in the field of clauses that establish transnational arbitration, and the constitution of non-sovereign funds as guarantee of performance. We intend to show that these clauses are legitimate in the context of Transnational Law, where States act as

non-sovereign actors, and that they are guided by favor creditoris logic. The critical method and the bibliographic research procedure were used.

Keywords: Transnational Law, Pharmaceutical Contracts, State, Transnational Companies, Contractual Clauses Favor Creditoris



Droit transnational, contrats pharmaceutiques et clauses d'arbitrage transnational et de constitution de fonds non souverains. Une analyse par la logique favor creditoris

Résumé: Dans ce travail, nous discutons des complexités des relations transnationales qui s'insèrent dans les contrats pharmaceutiques entre États et Entreprises Pharmaceutiques Transnationales, notamment dans le domaine des clauses qui établissent l'arbitrage transnational et la constitution de fonds non souverains comme garantie de performance. Nous entendons montrer que ces clauses sont légitimes dans le contexte du droit transnational, où les États agissent comme des acteurs non souverains, et qu'elles sont guidées par une logique favor creditoris.

Mots-clés: Droit transnational, Contrats pharmaceutiques, État, Entreprises transnationales, Clauses contractuelles Favor Creditoris

RESUMO BIOGRÁFICO

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira: Mestre e Doutor em Direito. Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia. Líder do Jus Gentium: Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional. Advogado. E-mail: marcusoliveira@unir.br

Adriana Vieira da Costa: Mestre e Doutora em Direito. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia. Pesquisadora do Jus Gentium: Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional. E-mail: adrianavieiradacosta@gmail.com

A cláusula de entrada em vigor dos acordos executivos

La cláusula de entrada em vigor de los acuerdos ejecutivos

Rodrigo d' Araujo Gabsch* 

*Ministério das Relações Exteriores, Brasília, Brasil.

Resumo: O presente artigo ressalta que a autoridade para celebrar acordos executivos deriva da ordem jurídica nacional, e não do direito internacional ou do texto do tratado. Busca demonstrar que a natureza executiva de um tratado não depende do momento de sua entrada em vigor. Conclui que a autoridade para concluir acordos executivos independe do caráter bilateral ou multilateral do tratado.

Resumen: Este artículo enfatiza que la autoridad para celebrar acuerdos ejecutivos se deriva del orden jurídico nacional y no del derecho internacional o del texto del tratado. Busca demostrar que el carácter ejecutivo de un tratado no depende del momento de su entrada en vigor. Concluye que la autoridad para celebrar acuerdos ejecutivos es independiente del carácter bilateral o multilateral del tratado.

Palavras-chave: Tratados; Acordos executivos; Entrada em vigor; Poder Executivo; Poder Legislativo.

Palabras clave: Tratados; Acuerdos Ejecutivos; Entrada en vigor; Poder Ejecutivo; Poder Legislativo.

1. INTRODUÇÃO

Um acordo executivo é um tratado ao qual o poder Executivo vincula em definitivo o Estado sem a participação do poder Legislativo¹. Distingue-se

1 REZEK, J. F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 127.

E-mail: gabsch@pobox.com

Recibido: 19/05/2021 Aceptado: 06/09/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

dos tratados que exigem o concurso das vontades dos poderes Executivo, que os negocia e assina, e Legislativo, que aprecia o texto convencional e, em o aprovando, habilita o Executivo a obrigar o país. Este segundo tipo, a exigir a participação de dois poderes constituídos, será chamado aqui de tratado sujeito a apreciação legislativa.

Não é raro que o administrador público e outros operadores do direito se vejam às voltas com compreensíveis perplexidades ao lidar com os acordos executivos. No direito brasileiro, por exemplo, o tema não se beneficia de previsão constitucional ou legal explícita, embora a prática dos acordos executivos atravesse a história do Brasil monárquico e republicano. A guiá-la, principalmente o costume e a doutrina. Situação semelhante é encontrável, quanto a esta modalidade de tratados, no direito constitucional dos Estados partes do MERCOSUL.

Uma destas perplexidades refere-se ao momento da entrada em vigor do acordo executivo. Deve este, por sua natureza executiva, necessariamente entrar em vigor na data da assinatura? A grande maioria dos acordos executivos vige a partir de sua firma, mas será esta a sua característica definidora? Pode um acordo ser executivo, mas entrar em vigor em data posterior? Ou ter sua vigência sujeita a uma condição futura? E crucialmente: pode um tratado ser de natureza executiva para uma parte mas, para outra, estar sujeito a apreciação legislativa?

O presente artigo adota metodologia descritiva e analítica, examinando bibliografia e precedentes com o objetivo de dali extrair respostas às questões acima. O autor busca (I) descrever, brevemente, como tais acordos são abordados pela lei interna dos Estados partes do MERCOSUL; (II) efetuar uma breve análise sobre a natureza jurídica dos acordos executivos, ao examinar qual ordem jurídica define o papel dos poderes constituídos na sua celebração; (III) discutir que fórmulas são admitidas para a cláusula de vigência desta espécie de tratados, na modalidade bilateral, e se um mesmo acordo pode ser executivo para apenas uma das partes; e (IV) aferir até que ponto o raciocínio desenvolvido para os acordos executivos bilaterais pode ser estendido aos multilaterais. De modo a procurar orientar os operadores do direito no deslinde das questões atinentes ao tema, a conclusão destaca, para reflexão, as consequências da participação de contratantes que tragam à mesa de negociação regras internas distintas sobre a participação dos poderes Executivo e Legislativo na celebração de acordos e as eventuais dificuldades dali advindas, recapitulando maneiras de contorná-las.

Não se cuidará, aqui, dos limites materiais ou das condições de validade dos acordos executivos, em outras palavras, dos casos em que o tratado pode ser celebrado sem ouvir o Legislativo, aspectos que dependem de cada ordem jurídica nacional. Tais temas, vez por outra, suscitam polêmica doutrinária que transcende o escopo deste artigo.

2. OS ACORDOS EXECUTIVOS NOS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL

As constituições dos Estados partes do MERCOSUL não contêm regras explícitas sobre a possibilidade de o poder Executivo celebrar tratados sem ouvir o Legislativo. O direito constitucional dos quatro Estados, não obstante, permite a prática dos acordos executivos e desenvolveu critérios para a sua aplicação.

Há registros do emprego de acordos executivos pela Argentina desde 1930; já em 1951, o governo argentino reconheceu, em resposta a consulta da ONU, a adoção de tratados desta natureza². A constituição argentina outorga ao presidente da Nação a prerrogativa de celebrar acordos e ao Congresso, a de “aprobar o desechar tratados”³. Embora o texto constitucional não mencione os acordos executivos, a prática e a jurisprudência argentinas desenvolveram um costume constitucional que permite a sua celebração, sem ouvir o Congresso, em determinadas circunstâncias. Há, inclusive, manifestações da Corte Suprema neste sentido⁴.

Desde a constituição federal de 1891, o poder de celebrar tratados é regulado no Brasil pelos dispositivos sobre as competências dos poderes Executivo e Legislativo, permitindo ao primeiro celebrar tratados *ad referendum* do Congresso Nacional e, ao segundo, resolver definitivamente sobre os mesmos⁵. Como no exemplo argentino, o tema dos acordos executivos não encontra disciplina expressa na Carta, mas a doutrina jurídica brasileira admite a sua existência, em certos casos, apontando um costume constitucional ou uma prática reiterada⁶.

Situação semelhante é encontrada na constituição paraguaia, que tampouco aborda a questão dos acordos executivos. O poder de celebrar tratados é regulamentado nas seções correspondentes às competências do Legislativo e do Executivo, as quais preveem que o parlamento tem autoridade para “aprobar o rechazar los tratados” que o Executivo celebre⁷. Isto não obstante, o direito paraguaio admite, em certas circunstâncias, a existência e a validade dos acordos executivos⁸.

2 REY CARO, E. J. “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Consideraciones sobre la reforma constitucional”. In: *Anuario argentino de derecho internacional*. Córdoba, 1994-1995, Vol IV, p. 225-6. VANOSSO, J. R. A. *Régimen constitucional de los tratados*. Buenos Aires: El Coloquio de Económicas, 1969.

3 ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina* (1994), art. 75 (22) e art. 99 (11).

4 RUSSELL, E. “Sobre los acuerdos ejecutivos: ¿puede el Poder Ejecutivo Nacional, sin intervención del Congreso, crear una entidad financiera de derecho público internacional?” In: *Revista jurídica la ley*. Buenos Aires, tomo 2016-A, ano LXXX, nº 5, 8 de janeiro de 2016.

5 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), art. 49, I, sobre a competência legislativa, e art. 84, VIII, sobre a executiva.

6 MELLO, C. D. de A. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 274 e 276. CÂMARA, J. S. A conclusão de tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: nº 69-71, 1987-1989, p. 56-75.

7 PARAGUAI. *Constitución de la República del Paraguay* (1992), art. 202 (9) e art. 238 (7).

8 PEROTTI, A.D. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria, Estudios sobre los Estados del Mercosur, tomo I: Brasil y Paraguay*. Montevideo: Universidad Austral, Facultad de Derecho; Konrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 330-333.

A constituição do Uruguai atribui ao Executivo a função de celebrar tratados, “necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo”⁹. Ainda assim, a Administração uruguaia utiliza com frequência os acordos executivos, em determinados casos, prática que é reconhecida pelo Judiciário local¹⁰.

Nos quatro países, os limites materiais para a celebração de acordos executivos são semelhantes. Em geral, a autoridade para tanto advém de uma autorização prévia (por lei ou por outro tratado) outorgada pelo Legislativo ou da competência constitucional estrita da Administração. Tais limites – e a própria licitude de concluir tratados sem ouvir o parlamento – são definidos pelo direito nacional de cada país.

3. O FUNDAMENTO JURÍDICO DOS ACORDOS EXECUTIVOS

É o direito interno de cada Estado que determina quais poderes constituídos devem intervir na celebração de tratados. A ordem jurídica doméstica, em suma, define se, e em que casos, o Executivo pode concluir tratados sem ouvir o parlamento – os chamados acordos executivos – e dispõe também em que situações o crivo do Legislativo é incontornável, sem o qual o Executivo não estará habilitado a vincular o país em definitivo ao que foi avençado. No caso do Brasil, é o direito brasileiro, portanto, que estipula se o poder Executivo pode celebrar acordos executivos e em quais condições. O mesmo se aplica a Argentina, Paraguai, Uruguai e a qualquer outro Estado.

Sendo assim, o instituto do acordo executivo não é uma categoria de direito internacional, mas sim de direito interno de determinado Estado, frequentemente de direito constitucional. Não se deve, portanto, buscar em algum dispositivo do texto convencional a indicação de que um acordo pode ou não ser celebrado solitariamente pelo Executivo; deve-se procurá-la na constituição e nas leis do Estado. Nas palavras de Rezek:

[P]ara bem operá-la [a distinção entre o tratado executivo e tratado abonado pelo parlamento], não se levará em conta qualquer característica *do próprio tratado*, mas a maneira de agir de cada uma das partes pactuantes, em atenção às normas do seu direito interno que distribuem competência para o comprometimento exterior¹¹.

O tratado pode, por exemplo, prever que sua entrada em vigor não ocorrerá com a assinatura, e sim mediante condição futura (ratificação, notificação ou outro ato com o mesmo propósito, posterior à firma), mas ainda assim ser de natureza executiva para a parte cujo sistema constitucional dispense o Executivo de consulta ao parlamento. Ainda Rezek:

[É] desenganadamente *executivo* o tratado solene, de procedimento

9 URUGUAI. *Constitución de la República* (1967), art. 85 (7) e art. 168 (20).

10 PEROTTI, A. Op cit, tomo II: Uruguay y Argentina, p. 455-459.

11 REZEK J.F. Op cit, p. 128.

longo, em que o intervalo entre a assinatura e a ratificação de cada parte se vê preencher não com a consulta ao respectivo parlamento – acaso desnecessária, segundo seu sistema constitucional – mas com estudos e reflexões confinados no puro âmbito governamental¹².

Quando um tratado é de natureza executiva para determinado Estado, este pode expressar o seu consentimento definitivo em obrigar-se já no momento da assinatura, se assim desejar e o texto convencional o permitir. Os acordos executivos bilaterais frequentemente preveem sua entrada em vigor na data da firma. Por este motivo, o exame das cláusulas de vigência dos tratados em geral e daqueles da modalidade executiva é de particular importância para a compreensão do tema.

4. A CLÁUSULA DE VIGÊNCIA NOS TRATADOS BILATERAIS

Os tratados *bilaterais* frequentemente contêm cláusula de vigência vazada nos seguintes moldes: “Este Acordo entrará em vigor na data de recebimento da segunda nota diplomática indicando que todos os procedimentos internos necessários foram completados pelas Partes”¹³. Conhecida como ‘assinatura sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação’, esta fórmula estabelece uma condição suspensiva da vigência, subordinando a entrada em vigor a uma notificação pelos canais diplomáticos. O que ocorre entre a assinatura e a notificação não diz respeito ao tratado em si, nem à outra parte – trata-se de procedimento *interno* de cada parte, como é dito no próprio texto convencional.

É bem verdade que as partes de um tratado costumam recorrer à expressão “procedimentos internos” quando não podem obrigar-se sem o consentimento do Legislativo. Esta fórmula permite que as partes busquem a anuência dos respectivos parlamentos antes de ratificar o acordo, caso as suas ordens jurídicas domésticas o exijam.

Mas é importante deixar claro que, por si só, a fórmula em questão não torna o texto convencional um tratado sujeito a apreciação legislativa, a exigir anuência parlamentar para a sua ratificação¹⁴. Como já mencionado, não é (e não poderia ser) o texto do tratado que determina quais poderes constituídos devem intervir na celebração, já que este tema é da província do direito interno de cada parte. É o direito doméstico – frequentemente o direito constitucional de um país – que dispõe sobre como o Estado se vincula a atos internacionais e qual o papel dos poderes Executivo e Legislativo na matéria. Em outras palavras, a assinatura sob reserva de ratificação é frequentemente usada quando as partes (ou pelo menos uma delas) dependem do crivo do parlamento para ratificar o acordo, mas aquela fórmula, por si só, não significa

12 Idem, p. 127-8.

13 Acordo sobre Serviços Aéreos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Costa Rica, feito em Brasília, em 4 de abril de 2011, Artigo 27.

14 MEDEIROS, A. P. C. “O Brasil e os novos desafios do direito dos tratados”. In: BRANDT, L. N. C. (coordenador). *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433-524.

que o tratado não possa ser executivo para uma das partes ou para ambas. Mais adiante veremos como um tratado pode ser executivo, mas conter uma fórmula de assinatura sob reserva de ratificação.

5. A CLÁUSULA DE VIGÊNCIA NOS ACORDOS EXECUTIVOS BILATERAIS

Os acordos executivos costumam apresentar uma cláusula de vigência na seguinte linha: “O Acordo entrará em vigor na data de sua assinatura e seus dispositivos produzirão efeitos imediatamente”¹⁵. Por vezes, podem prever uma curta *vacatio conventionis*, um prazo já fixado no texto, em geral de cinco a sessenta dias após a data da assinatura. Por exemplo, “O presente Acordo entrará em vigor trinta (30) dias a partir da data da assinatura pelas Partes”¹⁶. Há, ainda, casos em que uma data certa é fixada¹⁷.

Desde logo, isto significa que o acordo só é executivo se entrar em vigor na data da assinatura ou alguns dias depois? Não. Como já se viu, é executivo o tratado ao qual o poder Executivo pode obrigar o Estado sem consulta ao Legislativo. Não custa repetir: não é um dispositivo do texto convencional que determina se o acordo é executivo, que dispõe quais poderes constituídos devem intervir na celebração, e sim o direito interno de cada parte.

O corolário evidente é que um mesmo tratado pode ser acordo executivo para uma das partes e tratado sujeito a apreciação legislativa para outra¹⁸. Tudo dependerá do que o direito interno de cada uma das partes dispõe sobre o consentimento para vincular o Estado em definitivo ao que foi avençado. Neste caso, a questão passa a ser, então, a forma a adotar-se para a cláusula de vigência. Uma das partes poderia aceitar a cláusula de entrada em vigor com a assinatura, porque seu direito interno confere ao poder Executivo a autoridade para vincular o Estado sem ouvir o parlamento. Mas a outra parte talvez não possa, porque seu direito doméstico exige, para as circunstâncias ou a matéria disposta no tratado, a concorrência do poder Legislativo de seu país. O que fazer? Não tem acordo? Ou se tem, qual o aspecto da cláusula de vigência?

Situações como esta são comuns no plano internacional. E é claro que os Estados não deixarão de fazer negócios por conta desta aparente dificuldade ou incompatibilidade.

Uma solução possível é explicitar-se, na cláusula de vigência, que o tratado tem natureza executiva para uma parte, mas está sujeito a apreciação

15 Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Democrática Federal da Etiópia para Evitar a Dupla Tributação dos Lucros do Transporte Aéreo e Marítimo Internacional, feito em Adis Abeba, em 24 de maio de 2013, Artigo 6°.

16 Acordo entre o Brasil e o Haiti sobre Isenção Recíproca de Vistos para os Titulares de Passaportes Diplomáticos, Oficiais ou de Serviço, feito em Porto Príncipe, em 28 de maio de 2008, Artigo 8.

17 Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China sobre a Manutenção do Consulado-Geral do Brasil na Região Administrativa Especial de Hong Kong da República Popular da China, feito em Brasília, em 8 de novembro de 1996, Artigo 4, fixou a entrada em vigor para 1/7/1997.

18 Rezek, J.F. Op cit., loc. cit.

legislativa para outra, prevendo-se então uma notificação unilateral. Veja-se, como exemplo, o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República de Singapura sobre Isenção de Visto para Portadores de Passaportes Diplomáticos e Oficiais, cuja cláusula de vigência dispõe que o tratado tem natureza executiva para o Brasil, mas sua vigência depende da notificação de Singapura:

O presente Acordo entrará em vigor 30 (trinta) dias após a data de recebimento da notificação, por via diplomática, pela qual o Governo da República de Singapura informe ao Governo da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento de seus requisitos internos para a entrada em vigor do Acordo¹⁹.

A mesma forma foi adotada para acordo semelhante com a República Quirguiz, Omã, Moçambique e outros²⁰.

Outra solução é adotar para todas as partes a fórmula da assinatura sob reserva de ratificação – o apelo aos “procedimentos internos”. Para a parte que o requer, tais procedimentos serão o crivo parlamentar. Para a parte que o dispensa, poderão ser um eventual exame administrativo do texto convencional, enquanto aguarda a conclusão da apreciação legislativa pelo outro Estado. A primeira parte só poderá ratificar ou passar a nota diplomática que a vinculará em definitivo ao tratado após a anuência de seu poder Legislativo. Já a segunda parte poderá fazê-lo a critério da Administração Pública, antes ou depois do consentimento da primeira parte. Ou nunca – a ratificação de tratados não é obrigatória para os Estados signatários.

Diversos exemplos de tratados de natureza executiva para o Brasil, mas com fórmula de assinatura sob reserva de ratificação, podem ser citados. Tais acordos entraram em vigor sem haverem sido submetidos ao parlamento brasileiro.

O Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomático, Oficial e de Serviço prevê a assinatura sob reserva de ratificação²¹ e está em vigor. Sua ratificação pelo Brasil dispensou a aprovação parlamentar. Não foi submetido ao Congresso Nacional porque a matéria nele disposta está entre os casos em que o direito brasileiro permite

19 Feito em Singapura, em 8 de setembro de 2017, Artigo 10.

20 Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Quirguiz sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomáticos e Oficiais/Serviço, feito em Bishkek, em 26 de abril de 2017, Artigo 12. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Sultanato de Omã sobre Isenção de Vistos em Favor de Nacionais Portadores de Passaportes Diplomáticos, Especiais, Oficiais e de Serviço, feito em Mascate, em 25 de maio de 2016, Artigo 16. Protocolo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique sobre a Facilitação da Concessão de Vistos de Negócios, feito em Maputo, em 30 de março de 2015, Artigo 10.

21 Feito em Pequim, em 24 de maio de 2004, Artigo VIII.

a celebração de acordos executivos. No mesmo sentido vão acordos análogos com o Líbano, a Mauritânia, a Geórgia, o Nepal e outros²².

É possível cogitar mais uma alternativa para contornar a diferença, para as partes, quanto à natureza jurídica de um tratado. Em vez de prever a vigência com a segunda e última ratificação (ou nota diplomática, no caso dos acordos por troca de notas, como visto abaixo), o acordo pode remeter a sua entrada em vigor a entendimento futuro entre as partes. A data da vigência seria, então, convencionada pela via diplomática, após a aprovação legislativa da parte que o requer. Há vários exemplos de acordos com esta linguagem, embora não necessariamente de natureza executiva para uma das partes²³. Trata-se de recurso fastidioso, diante das alternativas examinadas neste artigo para contornar a questão em apreço.

6. OUTRA OPÇÃO: O RECURSO À TROCA DE NOTAS

Uma outra solução disponível para a diferença, para as partes, quanto à natureza jurídica de um tratado, se executivo, se sujeito a apreciação legislativa, é o recurso ao acordo por troca de notas (“p.t.n.”), também chamado de notas reversais. Neste formato, aplicável como regra a tratados bilaterais, em vez de um único instrumento assinado por ambas as partes, há dois instrumentos distintos, duas notas diplomáticas contendo o texto convencional a serem intercambiadas, cada uma delas firmada pelo plenipotenciário de seu país, que, juntas, constituem um acordo²⁴. Quer celebrado num documento único, quer por notas reversais, o tratado estará ou não sujeito a apreciação legislativa conforme as normas constitucionais de cada Estado²⁵. Como regra, o acordo por troca de notas aperfeiçoa-se com

22 Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Libanesa sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomáticos, Oficiais/ Especiais ou de Serviço, feito em Brasília, em 10 de julho de 2014, Artigo 10. Protocolo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola sobre a Facilitação de Vistos, feito em Brasília, em 16 de junho de 2014, Artigo 13. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Islâmica da Mauritânia sobre Isenção de Vistos em Favor de Nacionais Portadores de Passaportes Diplomáticos, Oficiais ou de Serviço, feito em Nouakchott, em 26 de abril de 2012, Artigo 9. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal Democrática da Etiópia sobre Isenção de Vistos em Favor de Nacionais Portadores de Passaportes Diplomáticos, Oficiais e de Serviço, feito em Adis Abeba, em 23 de abril de 2012, Artigo 9. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Geórgia sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomáticos, Oficiais ou de Serviço, feito em Brasília, em 26 de agosto de 2011, Artigo 10. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal Democrática do Nepal sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomáticos e Oficiais/ de Serviço, feito em Brasília, em 3 de agosto de 2011, Artigo 10. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Dominicana sobre Cooperação entre suas Academias Diplomáticas, feito em Brasília, em 17 de novembro de 2011, Artigo IV.

23 P. ex., *Acordo de Serviços Aéreos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Jamaica*, feito em Kingston, em 14 de dezembro de 2007, Artigo 27.

24 REMIRO Brotons, A. *Derecho Internacional público*. Madrid: Tecnos, 1987, v. 2, p. 85.

25 PEROTTI, A.D. Op cit. tomo II, p. 459, por exemplo, lista casos de aprovação legislativa de reversais celebradas pelo Uruguai.

o recebimento da segunda nota, de resposta, ou seja, é a partir daquela data que as partes estão vinculadas em definitivo ao tratado.

Assim sendo, mediante entendimento comum e prévio, a parte que dispensa a apreciação legislativa pode passar uma nota diplomática com a proposta de tratado; a outra parte, em seguida, buscará obter de seu parlamento a anuência respectiva e, assim habilitada, responderá à primeira nota, concluindo o acordo. O Acordo, p.t.n., entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino de Marrocos para Evitar a Dupla Tributação Decorrente do Transporte Marítimo e Aéreo²⁶ é exemplo desta solução. Ressalte-se este formato só é viável se o direito interno da segunda parte permitir a submissão ao Legislativo de apenas uma das duas notas que constituirão o acordo, já que a emissão da segunda nota depende justamente da prévia aprovação parlamentar.

Naturalmente, também se pode cogitar o contrário. Após convir o procedimento com o outro contratante, a parte que necessita da anuência legislativa pode assegurá-la com antecedência – no entendimento de que a sua ordem jurídica o permite – e ser a primeira a passar a nota diplomática contendo a proposta de tratado. A parte que dispensa o crivo parlamentar poderá responder a qualquer momento. Esta opção permite, por exemplo, que as notas tenham a mesma data e sejam intercambiadas em cerimônia, entrando o acordo em vigor naquele dia.

Caso a efetiva troca das notas seja condição para que uma das partes possa submeter o acordo ao Legislativo, nada impede que as partes adotem um intercâmbio de reversais nas quais a cláusula de vigência remeta a uma condição suspensiva, situação análoga à assinatura sob reserva de ratificação, vista mais acima. Esta fórmula conta com precedentes, como o Acordo, p.t.n., para Evitar a Bitributação da Renda Decorrente do Transporte Marítimo e Aéreo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile²⁷, embora a condição suspensiva termine por frustrar o propósito das partes ao escolher o formato de troca de notas, considerado mais expedito por, geralmente, entrar em vigor na data do recebimento da nota de resposta.

Embora para o direito internacional seja indiferente se as notas de um acordo p.t.n. são assinadas ou verbais²⁸, o formato assinado e com a indicação do cargo é recomendável, de modo a identificar-se o agente signatário responsável²⁹.

26 Feito em Brasília, em 14 de outubro de 2019.

27 Feito em Santiago, em 18 de junho de 1976.

28 Nota verbal é uma nota diplomática redigida na terceira pessoa, geralmente carimbada com o selo nacional e rubricada por um agente diplomático, mas não assinada. É a forma mais comum de comunicação diplomática formal.

29 TRINDADE, A. A. C. “Parecer do consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, de 3 de março de 1988”. In: *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*, Vol VIII (1985-1990), p. 452-3.

7. OS TRATADOS MULTILATERAIS

O raciocínio aplicado acima para os tratados bilaterais pode estender-se aos multilaterais, *mutatis mutandis*. A regra geral permanece a mesma: a parte cujo direito doméstico o admita pode expressar o consentimento definitivo do Estado em vincular-se aos termos de um acordo sem necessidade de abono do seu parlamento.

Se o tratado o permitir, a parte pode consentir definitivamente em um acordo plurilateral ou multilateral por meio da assinatura. E poderá fazê-lo com dispensa de consulta ao Legislativo quando a sua ordem jurídica interna o facultar.

Um exemplo de tratado multilateral considerado de modalidade executiva pelo governo brasileiro é o Protocolo sobre o Texto Autêntico em Seis Idiomas da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, o qual “entrará em vigor no trigésimo dia depois que doze Estados (...) tiverem assinado o mesmo sem reservas quanto a sua aceitação, ou aceitado o mesmo, e depois da entrada em vigor da emenda da cláusula final da Convenção (...)”³⁰. O assentimento definitivo do Brasil foi efetuado pela assinatura, conforme registrado pelo Estado depositário³¹. Em sentido contrário foi a Argentina, que consentiu definitivamente quase três anos após a sua firma. O Paraguai vinculou-se diretamente por aceitação (sem assinatura prévia) e o Uruguai firmou o protocolo mas não havia assentido em definitivo até o fechamento do presente artigo.

Um caso de tratado plurilateral com vigência na data da sua firma, de natureza executiva para Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, é o Acordo para Revogar o Acordo Marco sobre Condições de Acesso para Empresas de Seguros com Ênfase no Acesso por Sucursal, celebrado no âmbito do MERCOSUL: “O presente Acordo entrará em vigor na data de sua assinatura”³². Autorizado pelo direito interno, os Executivos vincularam seus respectivos Estados com a assinatura.

Também é possível prever-se uma *vacatio* ou data certa, como nos tratados executivos bilaterais. O Acordo sobre Documentos de Viagem e de Retorno dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados é exemplo plurilateral desta fórmula: “O presente Acordo entrará em vigor aos trinta (30) dias desde a data da sua assinatura”³³. Claro está, porém, que o consentimento definitivo das partes foi expressado na data da firma.

Devido ao número de partes e à diversidade dos seus sistemas jurídicos, é infrequente que acordos plurilaterais ou multilaterais contenham previsão de vigência na data da assinatura. Não obstante, podem ser executivos para

30 Feito em Montreal, em 1 de outubro de 1998, Artigo IV.

31 ESTADOS UNIDOS. DEPARTAMENTO DE ESTADO. Escritório de Assuntos de Tratados, Departamento de Estado dos Estados Unidos da América. Disponível em: <www.state.gov/icao-convention-protocol-on-the-authentic-six-language-text>. Consultado em 1 de setembro de 2022.

32 Feito em Brasília, em 21 de dezembro de 2017, Artigo II.

33 Feito em Assunção, em 21 de dezembro de 2015, Artigo 8.

a parte cujo direito interno assim disponha, ainda que o texto convencional preveja expediente como a assinatura sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação.

Como se viu, a fórmula da reserva de ratificação permite acomodar as partes cujo ordenamento jurídico demanda a aprovação legislativa; para os contratantes cujo direito doméstico a dispense, o assentimento definitivo poderá ser efetuado sem a participação do parlamento, por qualquer meio hábil em direito internacional, desde que não vedado pelo texto convencional.

O Acordo-Quadro para o Estabelecimento de uma Área de Livre Comércio entre o MERCOSUL e a República da Turquia é um exemplo de tratado plurilateral executivo para algumas das partes, embora estipule a assinatura sob reserva de ratificação: “Este Acordo entrará em vigor trinta dias após a data da última notificação pela qual as Partes Contratantes informam, por escrito e pelos canais diplomáticos, a conclusão dos procedimentos internos necessários para este fim”³⁴. A notificação efetuada pelo Brasil, por exemplo³⁵, dispensou a prévia apreciação parlamentar, por ser este um caso em que o direito brasileiro faculta a celebração por meio de acordo executivo. Dos cinco Estados envolvidos, consta dos registros do depositário que houve apreciação legislativa somente por parte de Paraguai, Turquia e Uruguai³⁶.

Outro caso de tratado plurilateral, com cláusula de assinatura sob reserva de ratificação, ao qual o Brasil se vinculou em definitivo sem anterior aprovação legislativa é o Oitavo Protocolo Adicional ao Acordo de Transporte Fluvial pela Hidrovia Paraguai-Paraná³⁷.

Já o Quadragésimo Terceiro Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação n° 35, entre os Estados Partes do MERCOSUL e o Chile³⁸, adota solução para entrada em vigor que encontra paralelo na fórmula de notificação unilateral vista acima para tratados bilaterais. Este Protocolo prevê a sua vigência mediante a notificação apenas de Uruguai e Chile; não há providências a tomar pelos demais signatários, Argentina, Brasil e Paraguai, cujo consentimento definitivo foi expressado, portanto, na assinatura. A vigência está condicionada apenas às notificações de dois dos contratantes. Aqui, também, dispensou-se a anuência do Legislativo brasileiro.

Nos acordos multilaterais que as admitam, a assinatura diferida e a adesão também podem vincular o Estado em definitivo. Caso o direito interno da parte que apõe a assinatura diferida ou adira o autorize, o poder Executivo estará desobrigado de buscar o aval do Legislativo.

34 Feito em San Miguel de Tucumán, em 30 de junho de 2008, Artigo 10.

35 Da Embaixada do Brasil em Assunção para o Ministério das Relações Exteriores do Paraguai, Nota n° 107, de 27 de fevereiro de 2009.

36 PARAGUAI. MINISTÉRIO DE RELAÇÕES EXTERIORES. Consulta de tratados. <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx>. Consultado em 5 de setembro de 2022.

37 Feito em Assunção, em 9 de março de 2018, Artigo 3. Ver: Do Brasil para a ALADI, Nota n° 129/19, de 11 de dezembro de 2019.

38 Feito em Montevideú, em 30 de setembro de 2005, Artigo 4.

CONCLUSÃO

Alguns administradores públicos ainda demonstram insegurança quanto à possibilidade de negociar acordos executivos que não prevejam sua entrada em vigor imediata. Tais operadores do direito, cientes da margem em geral estreita que lhes concede o direito nacional para ajustar tratados da modalidade executiva, por vezes hesitam em aceitar hipóteses alternativas para vigência, como a assinatura sob reserva de ratificação, temerosos em extrapolar o mandato legal que lhes foi conferido e invadir a competência do poder Legislativo. Tais alternativas, perfeitamente válidas, servem para acomodar Estados com regras distintas sobre a intervenção dos poderes constituídos na celebração de acordos.

Salutar que seja a preocupação em observar os limites de sua atuação e em preservar as prerrogativas do parlamento, o administrador público precisa estar ciente de que seus interlocutores em outros governos nem sempre terão as mesmas competências. Insistir no modelo executivo com um parceiro que não dispõe de tal faculdade legal é condenar a negociação ao fracasso.

Como se viu, há várias opções para contornar a diferença, entre as partes, quando à natureza executiva ou não de um tratado. A adoção de uma destas alternativas, por si só, não descaracteriza o acordo como executivo para a parte cujo direito interno faculta à Administração Pública celebrar o tratado solitariamente, sem a participação do Legislativo. Este artigo procurou demonstrá-lo com o recurso a diversos precedentes.

Não é o momento da entrada em vigor que determina a natureza executiva de um acordo. Tampouco é o texto convencional que define se o tratado é da modalidade executiva ou se está sujeito à prévia apreciação parlamentar. É o direito constitucional de cada parte que decide se, e em que casos, o Executivo pode celebrar acordos sem a participação do Legislativo. É, portanto, perfeitamente aceitável que a vigência de um tratado se subordine a condição futura – a ratificação ou ato análogo – e, ainda assim, seja executivo para a parte ou partes cuja ordem jurídica doméstica dispense a consulta ao parlamento.

Para concluir, cabe notar que o fato de o direito interno autorizar o poder Executivo a celebrar tratados, em determinados casos, sem a necessidade do consentimento parlamentar não significa que a Administração Pública seja proibida de submetê-los ao crivo do Legislativo. A conclusão de acordos executivos é uma faculdade legal outorgada ao Executivo, não uma obrigação que lhe é imposta. Este pode valer-se de uma disposição de assinatura sob reserva de ratificação, num acordo que poderia celebrar solitariamente, para enviá-lo ao parlamento.

CONFLITO DE INTERESSE E FINANCIAMENTO

O autor declara que não identifica conflitos de interesses com relação ao artigo. Não teve financiamento de uma instituição relacionada ao mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acordo sobre Serviços Aéreos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Costa Rica. Assinado em Brasília, em 4 de abril de 2011.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal Democrática da Etiópia sobre Isenção de Vistos em Favor de Nacionais Portadores de Passaportes Diplomáticos, Oficiais e de Serviço. Assinado em Adis Abeba, em 23 de abril de 2012.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal Democrática da Etiópia para Evitar a Dupla Tributação dos Lucros do Transporte Aéreo e Marítimo Internacional. Assinado em Adis Abeba, em 24 de maio de 2013.

Acordo, p.t.n., para Evitar a Bitributação da Renda Decorrente do Transporte Marítimo e Aéreo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile. Assinado em Santiago, em 18 de junho de 1976.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomático, Oficial e de Serviço. Assinado em Pequim, em 24 de maio de 2004.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China sobre a Manutenção do Consulado-Geral do Brasil na Região Administrativa Especial de Hong Kong da República Popular da China. Assinado em Brasília, em 8 de novembro de 1996.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Geórgia sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomáticos, Oficiais ou de Serviço. Assinado em Brasília, em 26 de agosto de 2011.

Acordo entre o Brasil e o Haiti sobre Isenção Recíproca de Vistos para os Titulares de Passaportes Diplomáticos, Oficiais ou de Serviço. Assinado em Porto Príncipe, em 28 de maio de 2008.

Acordo de Serviços Aéreos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Jamaica. Assinado em Kingston, em 14 de dezembro de 2007.

Acordo, p.t.n., entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino de Marrocos para Evitar a Dupla Tributação Decorrente do Transporte Marítimo e Aéreo. Assinado em Brasília, em 14 de outubro de 2019.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Dominicana sobre Cooperação entre suas Academias Diplomáticas. Assinado em Brasília, em 17 de novembro de 2011.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal Democrática do Nepal sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomáticos e Oficiais/ de Serviço, Assinado em Brasília, em 3 de agosto de 2011.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Islâmica da Mauritânia sobre Isenção de Vistos em Favor de Nacionais Portadores de Passaportes Diplomáticos, Oficiais ou de Serviço. Assinado em Nouakchott, em 26 de abril de 2012.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Libanesa sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomáticos, Oficiais/Especiais ou de Serviço. Assinado em Brasília, em 10 de julho de 2014.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Quirguiz sobre Isenção de Vistos para Portadores de Passaportes Diplomáticos e Oficiais/Serviço. Assinado em Bishkek, em 26 de abril de 2017.

Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República de Singapura sobre Isenção de Visto para Portadores de Passaportes Diplomáticos e Oficiais. Assinado em Singapura, em 8 de setembro de 2017.

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Sultanato de Omã sobre Isenção de Vistos em Favor de Nacionais Portadores de Passaportes Diplomáticos, Especiais, Oficiais e de Serviço. Assinado em Mascate, em 25 de maio de 2016.

ALADI. *Acordos atuais.* Disponível em: <<https://www.aladi.org/sitioaladi/language/pt/acordosatuais/>>

ALADI. *Oitavo Protocolo Adicional ao Acordo de Transporte Fluvial pela Hidrovia Paraguai-Paraná. (Puerto De Cáceres - Puerto De Nueva Palmira).* Assinado em Assunção, em 9 de março de 2018.

ALADI. *Quadragésimo Terceiro Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação nº 35, entre os Estados Partes do MERCOSUL e o Chile.* Assinado em Montevidéu, em 15 de setembro de 2005.

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina.* 1994.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.1988.

BRASIL. EMBAIXADA DO BRASIL EM ASSUNÇÃO. Nota nº 107 para o Ministério das Relações Exteriores do Paraguai, de 27 de fevereiro de 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Sistema Concórdia*. Disponível em:< <https://concordia.itamaraty.gov.br/>>

CÂMARA, José Sette. “A conclusão de tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro”. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: nº 69-71, 1987-1989.

DELEGAÇÃO PERMANENTE DO BRASIL JUNTO À ALADI E AO MERCOSUL. *Nota nº 129/19, de 11 de dezembro de 2019. Internalização Ao Ordenamento Jurídico do Brasil do Oitavo Protocolo Adicional Ao Acordo De Transporte Fluvial Pela Hidrovia Paraguai-Paraná (Porto de Cáceres – Porto de Nova Palmira) – AAP. A14TM nº 5, assinado entre Brasil, Argentina, Bolívia, Paraguai e Uruguai, em 9 de março de 2018*. Disponível em: < http://www2.aladi.org/biblioteca/Publicaciones/ALADI/Comite_de_Representantes/CR_di/PT/4900/4921_pt.pdf>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DEPARTAMENTO DE ESTADO. ESCRITÓRIO DE ASSUNTOS DE TRATADOS. Disponível em: <<https://www.state.gov/bureaus-offices/treaty-affairs/>>

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. “O Brasil e os novos desafios do direito dos tratados”. In: BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.) *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.433-524.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MERCOSUR. CONSEJO DE MERCADO COMUM. *MERCOSUR/CMC/DEC. N°26/17. (Revogação da Dec. CMC N° 12/15). Acordo para revogar o Acordo Marco sobre Condições de Acesso para Empresas de Seguros com Ênfase no Acesso por Sucursal*. Assinado em Brasília, em 20 de dezembro de 2017.

MERCOSUR. CONSEJO DE MERCADO COMUM. *MERCOSUL/CMC/DEC. N°46/2015. Acordo sobre Documentos de Viagem e de Retorno dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados*. Assinado em Assunção, em 20 de dezembro de 2015.

MERCOSUR. CONSEJO DE MERCADO COMUM. *MERCOSUL/CMC/DEC. N°29/08. Acordo-Quadro para o Estabelecimento de uma Área de Livre Comércio entre o MERCOSUL e a República da Turquia*. Assinado em San Miguel de Tucumán, em 30 de junho de 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. *Protocolo sobre o texto autêntico em seis idiomas da Convenção Sobre Aviação Civil Internacional*. Assinado em Montreal, em 1 de outubro de 1998.

PARAGUAI. *Constitución de la República del Paraguay*. 1992.

PARAGUAI. MINISTÉRIO DE RELAÇÕES EXTERIORES. Consulta de tratados. Disponível em: <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx>

PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria, Estudios sobre los Estados del Mercosur*. Montevideo: Universidad Austral, Facultad de Derecho; Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

Protocolo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola sobre a Facilitação de Vistos. Assinado em Brasília, em 16 de junho de 2014.

Protocolo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique sobre a Facilitação da Concessão de Vistos de Negócios. Assinado em Maputo, em 30 de março de 2015.

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1987.

REY CARO, Ernesto J. “Los tratados internacionales en el ordenamento jurídico argentino. Consideraciones sobre la reforma constitucional”. In: *Anuario argentino de derecho internacional*. Córdoba, 1994-1995, vol IV.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RUSSELL, Esteban. “Sobre los acuerdos ejecutivos: ¿puede el Poder Ejecutivo Nacional, sin intervención del Congreso, crear una entidad financiera de derecho público internacional?” In: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires, tomo 2016-A, ano LXXX, nº 5, 8 de janeiro de 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Parecer do consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, de 3 de março de 1988”. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.) *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*, v. VIII (1985-1990). Brasília: Conselho Editorial, Senado Federal, 2004.

URUGUAI. Constitución de la República Oriental del Uruguay. 1967.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Régimen constitucional de los tratados*. Buenos Aires: El Coloquio de Económicas, 1969.



The entry into force clause for executive agreements

Abstract: This article emphasizes that the authority to enter into executive agreements derives from the national legal order, and not from international law or the text of the treaty. It seeks to demonstrate that the executive nature of a treaty does not depend on the moment of its entry into force. It indicates that the authority to conclude executive agreements is independent of the bilateral or multilateral nature of the treaty.

Keywords: Treaties; Executive Agreements; Entry into force; Executive Branch; Legislative Branch.



La clause d'entrée en vigueur des accords exécutifs

Résumé: Cet article souligne que le pouvoir de conclure des accords exécutifs découle de l'ordre juridique national et non du droit international ou du texte du traité. Il cherche à démontrer que la nature exécutive d'un traité ne dépend pas du moment de son entrée en vigueur. Il conclut que le pouvoir de conclure des accords exécutifs est indépendant de la nature bilatérale ou multilatérale du traité.

Mots clés: Traités; Accords exécutifs; Entrée en vigueur; Pouvoir Exécutif; Pouvoir Législatif.

RESUMO BIOGRÁFICO

Rodrigo d'Araujo Gabsch: Diplomata de carreira, integrante do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Egresso do Instituto Rio Branco (IRBr) e da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Sua dissertação do Curso de Altos Estudos do IRBr foi publicada em 2010 ('Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil'). As opiniões contidas neste artigo não necessariamente refletem a posição do Ministério. gabsch@pobox.com

Ucrania, agresión ¿y después?¹ (26 de febrero al 21 de mayo)

Ucrânia, agressão, e depois? (26 de fevereiro a 21 de maio)

Heber Arbuét - Vignale* 

Ramiro Rodríguez Bausero** 

* Libre investigador en ejercicio, Uruguay.

** Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

Resumen: En la madrugada del 24 de febrero 2022, Rusia invade Ucrania y desata un conflicto armado que, a mediados de junio sigue en pie. El propósito fundamental que ilumina la Carta de las Naciones Unidas es mantener la paz y seguridad internacionales. Desde entonces se ha evitado una guerra total y con todas las armas; pero se han producido muchos conflictos armados internacionales o de otra naturaleza. Los autores entienden que este no es un conflicto armado internacional más y lo comentan. Por segunda vez (crisis en Cuba 1962) se está frente a la posibilidad de que, por efecto dominó, se vaya a una Tercera Guerra Mundial y con todas las armas. Rusia ha desconocido abiertamente sus compromisos anteriores, incluyendo la Carta de la ONU; la comunidad internacional ha respondido con energía, prudencia y racionalidad, con los limitados elementos a su disposición. Finalmente, se analizan las repercusiones políticas de la agresión rusa y se exponen las falencias jurídicas a superar para evitar la repetición de estos hechos.

Resumo: Na madrugada de 24 de fevereiro de 2022, a Rússia invade a Ucrânia e desencadeia um conflito armado que continua em meados de junho. O propósito fundamental iluminado pela Carta das Nações Unidas é manter a paz e a segurança internacionais. Desde então, evitou-se uma guerra total com todas as armas; mas tem havido muitos conflitos armados internacionais

*E-mail: heber@arbuét.com

Recibido: 22/05/2022. Aceptado: 27/05/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

e outros. Os autores entendem que este não é apenas mais um conflito armado internacional e o comentam. Pela segunda vez (crise em Cuba 1962) estamos diante da possibilidade de, por efeito dominó, entrarmos em uma Terceira Guerra Mundial e com todas as armas. A Rússia ignorou abertamente seus compromissos anteriores, incluindo a Carta da ONU; a comunidade internacional respondeu com energia, prudência e racionalidade, com os limitados elementos à sua disposição. Por fim, são analisadas as repercussões políticas da agressão russa e expostas as deficiências jurídicas a serem superadas para evitar a repetição desses eventos.

Palabras clave: Derecho internacional, Uso de la fuerza, Ataque, Seguridad internacional, Conflicto internacional.

Palavras chave: Direito internacional, Uso do poder, Ataque, Segurança internacional, Conflito internacional.

1. ANTECEDENTES LEJANOS QUE ESCLARECEN

a. El Acta de Helsinki, la OSCE y la intangibilidad de las fronteras

La Conferencia Europea sobre Seguridad y Cooperación tuvo lugar con representantes de 35 estados (miembros del Pacto de Varsovia, miembros de la OTAN y países neutrales), en Helsinki (y Ginebra) entre noviembre de 1972 y julio de 1975. Se trata de uno de los puntos culminantes del llamado período de la distensión entre los bloques de la Guerra Fría.

Según señala Kissinger, el proceso diplomático del cual derivaron los Acuerdos de Helsinki nacieron de la “profunda inseguridad de Moscú y de su insaciable sed de legitimidad”, consignando que “mientras estaba construyendo un enorme *establishment* militar y sofocando a una veintena de naciones, el Kremlin actuaba como si tuviese una constante necesidad de recibir garantías”².

Precisamente una de las cuestiones que suscitaron más discrepancias fue la de la inviolabilidad (¿inmutabilidad?) de las fronteras. Como enseñaba Zorgbibe³, las diferencias entre los proyectos francés y soviético radicaban en que mientras Francia “hacía referencia a la posibilidad de modificar las fronteras por medios pacíficos, la URSS exigía la inclusión de una declaración de acuerdo a la cual los Estados se comprometían a no presentar pretensiones territoriales.”

Finalmente, primó la fórmula presentada por Francia, según la cual los Estados participantes “consideran que sus fronteras pueden ser modificadas, de conformidad con el derecho internacional, por medios pacíficos y por vía de acuerdo”. En efecto, mediante el Acta final adoptada el 1º de agosto de 1975, los países firmantes reconocían que las fronteras surgidas de la Segunda Guerra Mundial no debían ser alteradas por la fuerza, junto a otros

2 KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Barcelona: Ediciones B. 1996, p.592.

3 ZORGBIBE, Charles. *Historia de las relaciones internacionales, 2. Del sistema de Yalta a nuestros días*. Madrid: Alianza Universidad.1997, p.376.

nueve principios, entre los cuales se encuentra el respeto de los Derechos Humanos y el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

En 1990, en el contexto de los acontecimientos que desde 1989 habían abierto un nuevo capítulo en la historia europea, el Acta de París para la Nueva Europa de la OSCE⁴, endosa los diez principios del Acta de Helsinki de 1975.

Al tiempo de afirmar que los referidos Principios “se aplicarán por igual y sin reservas, interpretándose cada uno de ellos teniendo en cuenta los demás”, el Acta de París reafirma “la igualdad de derechos de los pueblos y su derecho a la autodeterminación de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con las normas pertinentes del derecho internacional, incluidas las referentes a la integridad territorial de los Estados”.

Desde entonces, la tensión entre la intangibilidad de las fronteras y el principio de autodeterminación va a marcar el relacionamiento entre los Estados que surgen luego de la reorganización política y territorial de Europa Central, Oriental y la propia Unión Soviética a partir de 1990.

b. El Protocolo de Budapest del 5 de noviembre de 1994

También constituye un antecedente a tener en cuenta para juzgar la actitud de Rusia. Al implosionar la URSS y establecerse Ucrania como Estado independiente, esta quedó en su territorio con parte del arsenal de armas nucleares de la antigua URSS, considerado el tercero a escala mundial, luego del de EE. UU. y el de Rusia. Con el interés en la desnuclearización del país, tras largas negociaciones Ucrania decide adherir a Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares y a la vez celebrar este tratado por el cual entregar todo su potencial nuclear a Rusia y, en contrapartida, esta, junto a EE. UU. y Reino Unido se obligan por este Protocolo, a otorgar a Ucrania, así como a Bielorrusia y a Kazajistán, garantías de seguridad frente a amenazas o usos de la fuerzas contra la integridad territorial o la independencia política de estas. Posteriormente adhieren al Protocolo como garantes China y Francia, con lo cual las grandes potencias nucleares y las que disponen de asientos permanente y veto en el Consejo de Seguridad, garantizan la seguridad, independencia, integridad territorial y fronteras de Ucrania.

En ocasión de la anexión de Crimea a Rusia, el 29 de marzo de 2014, la Asamblea General de la ONU, por 100 votos a favor, emite su Resolución 68/262 por la cual rechaza la anexión y reconoce a Crimea como parte de Ucrania. Por su parte EE. UU. considera esta anexión como violatoria del referido Protocolo.

c. El irredentismo ruso post URSS

⁴ OCDE. “Carta de París para una nueva Europa” Disponible en< <https://www.osce.org/files/f/documents/9/d/39521.pdf>>

Pensamos que, algunas actitudes asumidas por Rusia, especialmente en relación a algunos sucesos acaecidos inmediatamente después de la implosión de la URSS en algunos de sus ex Estados parte, pueden arrojar luz sobre el actual posicionamiento de Putin conduciendo a la Federación de Rusia⁵.

1990, Transnistria, una región de Moldavia que se extiende a casi todo lo largo de la frontera de esta con Ucrania, en 1990 cuando aún todos formaban parte de la URSS, declara su independencia y se abre una guerra. Cuando en 1991 Moldavia se declara independiente, la situación se mantiene y Rusia apoya a Transnistria con un Grupo Operacional de Fuerzas. Las acciones cesan con un alto el fuego, mediado por Rusia en 1992 y un “statu quo”. Transnistria se mantiene como Estado independiente, con fuerzas armadas rusas en su territorio (1700 efectivos), reconocida por sólo tres entidades sin reconocimiento generalizado⁶; un plebiscito decide por el 97 % su anexión a Rusia, pero no se concreta y Rusia la considera parte de Moldavia, pero abre un consulado en ella. En 2018 la Asamblea General de la ONU por A/RES/727/282 insta la Federación Rusa a retirar sus tropas y armamentos y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa entiende que Transnistria es territorio de Moldavia ocupado por Rusia.

1991, Osetia del Sur, una región de Georgia, que se sitúa en la frontera norte, sobre Rusia, presenta una situación similar: cuando implosiona la URSS en 1991 Osetia se declara independiente y se abre una guerra secesionista. Las acciones se cierran en 1992 con un acuerdo de alto el fuego entre Georgia – que había declarado su independencia en abril de 1991- y Rusia, desplegándose tropas pacificadoras. Osetia del Sur se mantiene como independiente de facto; con reconocimiento de Rusia, Naurú, Nicaragua, Venezuela y la entidad Abjasia. En 2006 un referendo apoya por el 99% la anexión a Rusia; en 2008 se reabren las hostilidades con la intervención de Rusia, aparentemente en respuesta a la decisión de la OTAN adoptada en la cumbre de Bucarest sobre la posible incorporación de Georgia y Ucrania a su organización. La invasión rusa del territorio de Georgia llevó las relaciones de Occidente con Rusia a su punto más bajo desde la década de 1980⁷.

1992, Abjasia, parte de Georgia, en la frontera norte con Rusia y con costas sobre el Mar Negro, presenta una situación similar. En 1991, cuando implosiona la URSS se mantiene como parte de Georgia, pero en su territorio se producen choques entre ciudadanos de etnia georgiana y abjasios que conducen en 1992 a la declaración unilateral de independencia, abriéndose hostilidades con las autoridades de Georgia. En 1994 se logra un cese del

5 A lo que deben sumarse las actitudes de la misma frente a los Estados del Asia central o su papel gravitante en el conflicto entre Armenia y Azerbaiyán, aunque esto se diferencia, en parte, por sus motivos y procedimientos.

6 Abjasia, Osetia del Sur y la autodenominada República de Artsaj.

7 DICKINSON, Peter. “The 2008 Russo-Georgian War: Putin’s green light. Atlantic Council”. Fecha de publicación: 07/08/2021. [Fecha de consulta 05/05/2022]. Disponible en: <<https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/the-2008-russo-georgian-war-putins-green-light/>>

fuego manteniéndose la declaración de independencia; en 2006 Georgia reinicia las acciones militares procurando la reunificación; en 2008 se produce la intervención militar rusa – en el marco de la guerra de Osetia del Sur - que afirma la autoproclamada independencia, la cual es reconocida por Rusia y después por Naurú, Nicaragua, Siria, Venezuela y la entidad de Osetia del Sur.

2. LA AGRESIÓN A CRIMEA

a. El caso. La ocupación de la península de Crimea por parte de las tropas rusas se realizó en marzo de 2014, oportunamente en el momento de mayor tensión política y social de Ucrania⁸.

Una vez más, la invocación de la protección de los derechos de la población rusa y ruso parlante residente allí – al igual que ocurrió, por ejemplo en la Guerra de Crimea en 1853-, fue el argumento esgrimido para tomar control de la península. Controlado el territorio crimeano, un referéndum de su población votó por anexarse a Rusia el 16 de marzo de 2014, en una especie de retorno a la situación de Crimea a la situación anterior a 1954, cuando Krushév cediera esta península a la entonces República Socialista Soviética de Ucrania. De acuerdo a lo reportado, de la referida consulta ciudadana, cerca del 97% de los votantes lo hicieron a favor de la anexión a Rusia.

Como señalaba Kissinger a comienzos de los años '90, en relación a la desintegración de la Unión Soviética: “los imperios que caen generan dos causas de tensión: los intentos de sus vecinos por aprovechar la debilidad del poder imperial y los esfuerzos del imperio decadente por restaurar su autoridad en las zonas fronterizas”⁹. Esto último parece ser el móvil que ha respaldado las acciones rusas desde comienzos del siglo XXI, en el Cáucaso primero, y luego en Ucrania.

La península de Crimea había pertenecido al Imperio Ruso desde 1783, cuando fue anexada por parte del régimen zarista luego de derrotar a las fuerzas otomanas en la batalla de Kozludza¹⁰.

Desde el nacimiento de la Unión Soviética, Crimea tuvo un status especial, como República autónoma, el cual mantuvo hasta 1945, cuando la Federación Rusa la incorporó luego de deportar a buena parte de la población tártara que allí habitaba. Como fuera mencionado, en 1954, el Premier soviético la transfirió desde la Federación Rusa de Repúblicas Socialistas a la República Socialista Soviética de Ucrania en conmemoración de los 300 años del Tratado de Pereyáslav¹¹.

8 Ver ARBUET-VIGNALI H. “Ucrania y la paz. Un conflicto removedor” *Revista Tribuna del Abogado*, agosto 2014, n° 189, p.7-14. 2014 y ARBUET-VIGNALI, Heber. “Un triángulo amoroso u odioso. Ucrania-Crimea-Rusia y el Derecho Internacional”. *Revista de Derecho Público*. 2014, año 23. n° 45.p. 7-35, Disponible en <<http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/45/arbuét.php>>

9 KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Barcelona: Ediciones B. 1996,p 639.

10 Ver figura 1.

11 Acuerdo mediante el cual los cosacos ceden el control del territorio al zar Alejo, manteniendo un importante grado de autonomía. Esta anexión desencadenó un enfrentamiento bélico



Figura 1. La península de Crimea. Fuente: BBC Mundo

Con la independencia de Ucrania en 1991, y de acuerdo al principio de continuidad de los Estados, el territorio de Crimea continuó siendo parte del novel Estado ucraniano. En este punto, vale la pena recordar como comenta Hutschenreuter¹², *en el Oeste, la independencia de Moldavia, Bielorrusia y, sobre todo, Ucrania no solamente significó re-situar a Rusia en las adyacencias del espacio europeo, esto es, aparte de Europa, y aumentar su sentido de encierro y de país sitiado, sino que entrañó la pérdida de un rico y vital espacio agrícola e industrial... y privó a Rusia de su posición dominante en el mar Negro, un espacio que tradicionalmente permitía al imperio ruso proyectarse en dirección del Mediterráneo, otro de los espacios cuyo acceso era una cuestión geopolítica vital para la compleja posición de encerramiento de Rusia.*

El referéndum de anexión de 2014 fue catalogado por buena parte de la comunidad internacional como contrario de derecho. En el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, este Cuerpo instó a todos los Estados¹³, organizaciones internacionales y agencias especializadas a no reconocer ninguna alteración del estatus de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol en base del referéndum del 16 de marzo “y abstenerse de cualquier acción o trato que pueda interpretarse como el

entre Polonia y Rusia, el cual culminó con la división de Ucrania entre ambos contendores a lo largo del río Dniéper, mediante el Acuerdo de Andrusovo de 1667. Disponible en <<https://www.britannica.com/event/Pereyaslav-Agreement>>.

12 HUTSCHENREUTER, Alberto. *La Política Exterior Rusa Después Guerra Fría Humillación y Reparación*. Areté Grupo Editor, 2011, p.146.

13 NACIONES UNIDAS. *Respaldando la integridad territorial de Ucrania, la Asamblea de la ONU declara inválido el referéndum de Crimea*. 27/03/2014. Disponible en: <<https://news.un.org/en/story/2014/03/464812-backing-ukraines-territorial-integrity-un-assembly-declares-crimea-referendum>>

reconocimiento de tal alteración del Estado”¹⁴.

Asimismo, la OSCE catalogó esta instancia electoral como contradictoria con la Constitución ucraniana. El comunicado de esta Organización establece que “for any referendum regarding the degree of autonomy or sovereignty of the Crimea to be legitimate, it would need to be based on the Ukrainian constitution and would have to be in line with international law”¹⁵.

b. La Guerra del Donbas. Paralelamente, y alentado por los resultados alcanzados en el caso de Crimea, la región del Donbas intensificó sus reclamos en la misma línea del antecedente inmediato de Crimea.

Esta región, de unos 60.000 km², se encuentra a uno y otro lado de la frontera entre Rusia y Ucrania, particularmente dentro del territorio de este último Estado. En efecto, en esta región se encuentran los oblast (provincias) de Lugansk y Donetsk, dos de los 24 oblast que componen la configuración administrativa y política de Ucrania.

La historia de esta región está fuertemente matizada por leyendas e inexactitudes, las cuales se ponderan y exacerban según el origen – ucraniano o ruso – de la pluma del historiador o cronista.

Se trata de una zona que históricamente ha sido frontera entre los dominios cosacos y rusos, hasta que este último imperio la incorporó a mediados del siglo XVIII. En efecto, la región oriental de Ucrania, gobernada por un *hetman*, fue poco a poco asimilada al Imperio ruso a comienzos de ese siglo. Pedro el Grande creó en 1722 el colegio de la Pequeña Rusia para controlar las actividades de las autoridades cosacas. El *hetmanato* fue abolido definitivamente en 1764; Catalina II completó la asimilación administrativa y extendió la servidumbre a la mayor parte de Ucrania en 1783.

Después de la huida a Rusia del presidente Viktor Yanukovich, de posicionamiento pro ruso y anti europeo y del interinato de Oleksandr Tourchynov, en febrero de 2014 -en el marco del *Euromaidan*- las divisiones entre el este y oeste del país se agudizaron. El 23 de febrero de ese año, una ley retira la condición de lengua oficial al ruso, húngaro, rumano y tártaro de Crimea, lo cual profundizó el descontento de la población ruso parlante de varios oblast del sur y este del país, como Donetsk, Lugansk, Járkov y Odessa.

En medio de este terreno política y socialmente fértil, se intensificaron las manifestaciones pro rusas en las referidas regiones, que rápidamente se difuminaron por el sur y este del país, incluyendo la formación de unidades de autodefensa en algunas de las zonas mencionadas.

En marzo de 2014, mientras el Parlamento de Crimea adoptaba una

14 Por una votación de 100 a favor a 11 en contra, con 58 abstenciones, la Asamblea de 193 miembros

15 “para que un referéndum relativo al grado de autonomía o soberanía de Crimea sea legítimo, precisa estar basado en la constitución ucraniana y ajustado a Derecho Internacional” (traducción de este autor). OSCE. “El presidente de la OSCE dice que el referéndum de Crimea en su forma actual es ilegal y pide formas alternativas de abordar el problema de Crimea. 11/03/2014 Disponible en <<https://www.osce.org/cio/116313>>

declaración de independencia y unánimemente su intención de anexarse a Rusia, las manifestaciones se intensificaban en el Donbas, cuya población rusófona exigía similar destino para sus territorios. En efecto, el 7 de abril, luego de la toma del palacio de Gobierno de Donetsk por manifestantes pro rusos, se proclama la República Popular de Donetsk, similar camino al que se llegó en Lugansk, cuya República Popular se proclamó el 11 de mayo de 2014.

Como consecuencia de estos levantamientos, se desató un conflicto que por un lado, tenía como protagonistas a estos movimientos separatistas del este de Ucrania, los cuales se encontraban apoyados por voluntarios rusos – reclutados a través de redes sociales - e incluso, según fuera denunciado, por propias tropas de Rusia incluyendo el suministro de armamento pesado. Por otro lado, el ejército ucraniano, respaldado por



Figura 2. La región del Donbas. Fuente: Le Monde Diplomatique

otros cuerpos militares y paramilitares, como los diferentes batallones de voluntarios que fueron surgiendo en el país. Asimismo, fue señalada la participación de lado ucraniano de cuerpos de mercenarios norteamericanos – denominados Blackwater-, y polacos. A comienzos de 2015, Estados Unidos anunció el comienzo del aprovisionamiento de “armas defensivas” para las fuerzas gubernamentales ucranianas.

El desarrollo del conflicto desde 2014 atravesó diferentes fases de avance y retroceso, comenzando por un avance de las fuerzas separatistas a partir de marzo de aquel año hasta el primer alto al fuego de junio de 2014.

En este contexto se produjo la proclamación de independencia de las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk ya referidas (el 7 y 27 de abril de 2014, respectivamente), las cuales organizaron sendos referendos de

autodeterminación el día 11 de mayo. Los resultados por la opción a favor de la independencia fueron del 89% en Donetsk y 96% en Lugansk. Luego de este resultado, Donetsk solicitó su anexión a Rusia.

En junio de 2014, el nuevo presidente de Ucrania, Petro Poroshenko -de orientación pro europea, que había asumido el poder pocos días antes- promete pacificar el país en tres meses, ofensiva que desde Kiev marcó una intensificación de la tensión en las regiones de conflicto y con la propia Rusia, que deja de entregar gas a Ucrania el día 16 de ese mes.

El día 20 de junio, el presidente ucraniano propone un alto al fuego, el cual no se cumplió a rajatablas dado que continuaron los contactos y choques entre ambas partes. Como resultado, la tregua declarada por Poroshenko es levantada el día 30 de junio, entre acusaciones por parte de Rusia hacia Estados Unidos de haber empujado a Ucrania a retomar lo que era calificado como “operación antiterrorista”.

En julio de 2014, los Ministros de Asuntos Exteriores de Ucrania, Rusia, Alemania y Francia acuerdan el desarrollo de una misión de observación de la OSCE en la frontera ucraniano-rusa.

La avanzada ucraniana de finales de julio de 2014 para retomar el control del territorio ganado por los separatistas incita al Ministro de Asuntos Exteriores ruso a solicitar en el marco de la OSCE, al Consejo de Europa y al Comité Internacional de la Cruz Roja, el auxilio a las poblaciones del sudeste de Ucrania. Efectivamente, el CICR informa en agosto de 2014 que millares de personas se encuentran privadas de acceso al agua potable, a medicamentos y a electricidad, por el cerco que las fuerzas regulares ucranianas han impuesto alrededor de Donetsk. Esta dispara el envío de varios convoyes de ayuda humanitaria tanto por parte de Kiev, como de Moscú.

La contraofensiva separatista de agosto detiene el avance de las tropas ucranianas, a lo cual se suman las denuncias por parte de Kiev de la presencia de militares y vehículos rusos en la zona del conflicto. En efecto, el día 26 de agosto Moscú reconoce la presencia de soldados rusos en Ucrania, aduciendo que se encontraban por error ante la mala definición de la frontera común en esa zona.

c. Hacia los Acuerdos de Minsk. En el mes de setiembre de 2014, luego de una conversación telefónica entre los presidentes ruso y ucraniano, acuerdan el primer alto al fuego, el cual se formaliza el día 5 de setiembre entre los representantes de las Repúblicas Populares de Donetsk, de Lugansk y el gobierno de Ucrania. La conferencia, de la cual participó también el Embajador de Rusia en Kiev, estuvo dirigida por Heidi Tagliavini, diplomático suizo mandatado por la OSCE.

El Grupo Trilateral de Contacto que posibilitó este alto al fuego, integrado por representantes de Ucrania, la Federación Rusa y la OSCE se había creado en mayo de 2014 en un intento de alcanzar una solución diplomática al conflicto.

Con la mediación de Francia y Alemania bajo el denominado Formato de Normandía, el Protocolo de Minsk fue firmado el 5 de setiembre de 2014 por representantes del Grupo Trilateral de Contacto y por líderes de las autoproclamadas Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk, sin que ello implicara un reconocimiento de su status.

Mientras tanto, el 16 de setiembre, los ejércitos de Donetsk y Lugansk acuerdan unificar sus fuerzas en las denominadas Fuerzas Armadas de Nueva Rusia.

Luego de varias denuncias mutuas de violaciones del alto al fuego, un convoy de la OSCE es alcanzado por militares ucranianos.

En este contexto, el hecho que impactó profundamente y en cierta medida contribuyó a instalar el conflicto en la primera plana informativa fue el derribo del Boeing 777 de la compañía Malaysia Airlines que cubría Amsterdam-Kuala Lumpur. El aparato, con 298 personas a bordo cayó en la zona de conflicto en 17 de julio de 2014.

Entre acusaciones cruzadas de uno y otro lado respecto de la autoría del disparo que derribó el avión, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se reúne el 21 de julio para demandar el acceso garantizado e ilimitado para los observadores al sitio del impacto para poder realizar la correspondiente investigación. En setiembre de ese año, un informe preliminar establece que el aparato habría sido alcanzado por un importante número de proyectiles a la alta velocidad, los cuales habría despedazado el avión¹⁶.

Más adelante, mediante la Declaración del 12 de febrero de 2015, los Presidentes de Rusia, Ucrania, Francia y la Canciller alemana – bajo el formato llamado *de Normandía* -, reafirmaron el firme respecto de la soberanía e integridad territorial de Ucrania. Asimismo, endosaron el Paquete de Medidas para la implementación de los Acuerdos de Minsk del 5 de febrero de 2015 firmados por las mismas partes que habían suscrito el Protocolo y el Memorándum en la capital bielorrusa de setiembre de 2014¹⁷.

Este Paquete de medidas, el llamado Minsk II ¹⁸, incluyó el alto al fuego, el abandono de armamento pesado y la liberación de prisioneros. Asimismo, el acuerdo preveía el restablecimiento del control fronterizo por parte del gobierno ucraniano, la reanudación de los lazos socioeconómicos con las regiones separatistas y la reforma de la Constitución de Ucrania de modo de garantizar el autogobierno en áreas del Donbas.

El año 2016 fue de un relativo congelamiento de las posiciones, no sin enfrentamientos esporádicos con muertos de uno y otro bando. Sin perjuicio

16 UNITED NATIONS. “El informe final de la Junta de Seguridad Holandesa sobre el accidente del vuelo MH17 en Ucrania es bien recibido por la ONU”. 13 de octubre de 2015. Disponible en <<https://news.un.org/en/story/2015/10/512552-dutch-safety-boards-final-report-flight-mh17-crash-ukraine-welcomed-un>>

17 FEDERAL FOREIGN OFFICE. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Declaration of Minsk support of the “Package of Measures for the Implementation of the Minsk Agreements”. 2015. [Fecha de consulta: 18/03/2022] Disponible en <<https://www.auswaertige-s-amt.de/en/newsroom/news/150212-minsk-declaration/269274>>

18 Package of measures for the Implementation of the Minsk Agreements. Disponible en: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UA_150212_MinskAgreement_en.pdf>

de ello, en abril de ese año la OTAN anunció el despliegue de cuatro batallones en Europa oriental, y la rotación de tropas a través de Estonia, Letonia, Lituania y Polonia, con el objetivo de disuadir eventuales agresiones rusas en esa región. En setiembre de 2017, Estados Unidos desplegó dos brigadas de tanques en Polonia en respaldo de la realizada a nombre de Alianza atlántica.

En octubre de 2016 recrudecen las violaciones del cese al fuego y las disposiciones acordadas. Una nueva tregua entra en vigor el 20 de febrero de 2017. Días antes Rusia reconoce temporalmente los títulos de identidad y viaje emitidos por las Repúblicas populares y autoriza a sus habitantes a viajar a territorio ruso. La norma ampara el derecho de los ucranianos que viven en las regiones separatistas a solicitar la ciudadanía rusa, bajo motivaciones humanitarias. Dos años más tarde, el Presidente Putin firmaría un decreto para facilitar “por motivos humanitarios” la concesión de la ciudadanía rusa a los habitantes de las autoproclamadas Repúblicas Populares. De acuerdo a la agencia estatal de noticias rusa Tass, se estima que Rusia extendió la ciudadanía a más de 700.000 personas en Donetsk y Lugansk¹⁹.

El 18 de julio de 2017 se anuncia por parte de Alexander Zakharchenko, líder de la República Popular de Donetsk, la creación del Estado de *Malorossia*, o Pequeña Rusia²⁰. Con su centralidad en la referida región separatista, el mapa de esta entidad publicitado abarcaría todo el territorio ucraniano, a excepción de Crimea, anexada a Rusia. En este contexto, Kiev se mantendría como un centro histórico y cultural, pero no como capital.

Hay que señalar que tanto Rusia como el movimiento separatista de Lugansk se distanciaron de estas declaraciones del líder de Donetsk, catalogadas como inoportunas.

Este anuncio es catalogado como una provocación por parte de la OSCE y fue condenado por la comunidad internacional. El Ministro de Asuntos Exteriores austríaco, Sebastian Kurz, en su calidad de Presidente de la referida Organización, realizó un llamado a las partes a abstenerse de realizar cualquier acción o declaración en el sentido de desafiar la soberanía y la integridad territorial e Ucrania, que pueda amenazar la implementación de los Acuerdos de Minsk.

En materia de sanciones económicas, desde la anexion de Crimea y el comienzo de los enfrentamientos en el este de Ucrania, tanto la Unión Europea como Estados Unidos impusieron sanciones como el congelamiento de activos, prohibiciones de viajes y restricciones financieras a compañías y ciudadanos rusos, así como a los líderes separatistas. El 26 de enero de 2018, nuevas sanciones por parte de Estados Unidos que incorporaron 21 personas y 9 empresas vinculadas al conflicto.

En diciembre de 2019 se reúnen en París el Presidente Volodimir Zelenski - un comediante de 41 años *outsider* de la política, que obtuvo

19 AGENCIA DE NOTICIAS RUSA. Disponible en: < <https://tass.com/world/1401791>>

20 Término que designaba en la época zarista a los territorios que correspondían aproximadamente al actual territorio ucraniano.

una aplastante victoria sobre su contrincante, el presidente en funciones Victor Poroshenko-, el Presidente ruso Vladimir Putin, junto al Presidente Emmanuel Macron y la Canciller Angela Merkel para relanzar el proceso de paz y la efectiva aplicación de Minsk II. El encuentro deriva en el intercambio de prisioneros de uno y otro lado del conflicto.

El incremento de la presencia militar rusa en la frontera con Ucrania a partir de noviembre de 2021 encendió las alertas en Kiev, en los países vecinos y en los aliados de la OTAN respecto de las intenciones de Rusia con esos movimientos militares, las cuales se manifestaron con toda claridad en la invasión a Ucrania el 24 de febrero de 2022, previo reconocimiento por parte de Moscú de la independencia de las Repúblicas de Donetsk y Lugansk.

3. LA AGRESIÓN A UCRANIA

a. Introducción. Configura una grosera violación al Propósito principal de la Carta de las Naciones Unidas, que entendemos constituye la finalidad fundamental que con ella se procuraba en aquel momento: “Mantener la paz y la seguridad internacionales...” (art. 1, inc. 1) y un grosero quebrantamiento a los dos Principios estructurales más trascendentes que sostienen su sistema y lo basan: “...el principio de la Igualdad Soberana de todos sus Miembros”²¹ (art. 2, inc. 1) y el Principio de Abstención del Uso o de la Amenaza del Uso de la Fuerza en las relaciones internacionales (art. 2, inc. 4).

Por si esto fuera poco, se violenta también el Principio de No Intervención aceptado a nivel mundial en la Declaración 2625/XXV de 1970 y las acciones rusas amenazan con la posibilidad de un efecto dominó de consecuencias apocalípticas.

b. La explicación del ataque. - En este y el próximo literal, reseñaremos algunos hechos que importan y acaecidos hasta el momento de cerrar este artículo. En medio de las tensiones existentes entre las partes, reseñadas en los numerales anteriores y sin que mediara provocación de Ucrania, el Presidente V. Putin el 24 de febrero a las 05.50 horas de Moscú emite un discurso y de inmediato desencadena una invasión a Ucrania desde 4 puntos: el norte, desde Bielorrusia que le presta apoyo, el noreste desde Rusia, el este desde los oblast insurrectos y el sur desde Crimea.

En el discurso se describe la acción como “una operación militar especial”, adoptada en razón de que Rusia se encuentra amenazada (párrafo 1) y luego de hacer esfuerzos pacíficos durante 8 años (párrafo 2) y para

²¹ Lo que viendo la realidad actual significa de todos los Estados del mundo, pues de las 197 entidades con reconocimiento como Estados más o menos extendido, 193 son miembros plenos de la Organización, 2 son miembros observadores, Palestina y Vaticano, 1 es Kosovo, excluido de la membresía por el veto ruso y chino, que jurídicamente es acorde a derecho, pero sociológicamente resulta arbitrario y políticamente aparece como un abusivo recurso a la fuerza, al disponer del veto y usarlo para excluir a un Estado por lo tanto, carente de legitimidad objetiva y el otro es la República Árabe Saharaui. Hay también otras entidades que procuran el reconocimiento como Estados, pero que sólo son reconocidas por 1 o pocos de los demás o sólo por otras entidades o por nadie (caso de Somalilandia).

detener un genocidio de personas (los rebeldes del Donbas) que sólo confían en Rusia (párrafo 3), señala como nazis a los ucranianos y necesaria la desnazificación (párrafos 4 y 5), que pretenden disponer de armas nucleares (párrafo 6) y que se acude en ayuda de las Repúblicas del Donbass, con las que celebrara un tratado y respondiendo a su pedido (párrafo 11).

c. Las operaciones. El reconocimiento de la independencia de las Repúblicas de Lugansk y Donetsk por parte del Presidente Putin, el día 22 de febrero de 2022, se realizó en el marco de un desconocimiento a la soberanía e integridad territorial de Ucrania y el 23 de febrero el Consejo de la Federación Rusa, da la autorización para que fuerzas de ese país, realicen operaciones militares en el extranjero. Fueron los preámbulos de lo que se estimó como un ataque inminente al territorio ucraniano, lo cual se materializó el día 24 de febrero.

Como ya comentado, los avances rusos se realizaron al comienzo de las operaciones por varias vías: desde Rusia y el este de Ucrania, ingresando por el territorio del Donbas; desde Crimea hacia el norte, y también desde Bielorrusia hacia el sur, con el objetivo de alcanzar la ciudad de Kiev.

Estos primeros movimientos motivaron el despliegue de fuerzas adicionales por parte de OTAN en el flanco oriental de los países aliados, con el objetivo de disuadir cualquier extensión del avance ruso más allá de Ucrania. Asimismo, tanto Estados Unidos como los países de la UE aprobaron nuevas sanciones contra Rusia, intentando al mismo tiempo mitigar las posibles consecuencias negativas de la aplicación de esas sanciones para los mercados energéticos occidentales, vista la fuerte dependencia de los consumos de gas ruso de países europeos, como Alemania y Polonia.

El día 25 las tropas rusas ya ingresaron en las principales ciudades ucranianas, alcanzando objetivos civiles en sus ataques desde el aire. La OTAN activó por primera vez su Fuerza de Respuesta (NRF), de 40,000 integrantes para reforzar su flanco oriental.

El endurecimiento de las sanciones contra Rusia se acelera, y en ese marco, Estados Unidos, Canadá y los aliados europeos deciden remover bancos rusos de la red SWIFT.

El Presidente ruso eleva sus fuerzas nucleares y estratégicas en el nivel más alto en tiempos de paz (el segundo de cuatro niveles posibles). Al tiempo que los combates se intensifican y el avance ruso parece inexorable, 150,000 ucranianos abandonan el país, principalmente hacia Polonia, desatando el inicio de un grave crisis humanitaria. Rusia entra en la ciudad de Jarkov el día 27 de febrero e inicia los asaltos a Mariúpol.

Es importante señalar en este punto, que Alemania abandona su postura tradicional al anunciar que priorizará el gasto militar y la consecución de la independencia energética, para mitigar la dependencia de Rusia.

El 28 de febrero se realiza la primera ronda de negociaciones entre Rusia y Ucrania en Gómel, Bielorrusia, las cuales culminaron sin ningún acuerdo alcanzado.

Mientras la Asamblea General de las Naciones Unidas votaba ampliamente la moción de exigir a Rusia la interrupción de las operaciones militares en Ucrania – con la abstención de Rusia e India –, la Agencia Internacional de Energía Atómica (AIEA), pedía precaución ante el avance ruso por otra planta nuclear ucraniana, luego de haber tomado control de la central de Chernobil durante varias semanas a su paso hacia Kiev.

El 3 de marzo el Alcalde de Jersón se rinde ante las tropas rusas.

Para el 19 de marzo de 2022 se estima que Ucrania había derrotado la campaña inicial de Rusia en su territorio, entendida la misma con el objetivo de tomar las ciudades importantes del país como Kiev, Járkov y Odesa. Si bien los avances rusos continúan, los mismos se evalúan como limitados, llevando al conflicto a un aparente estadio de estancamiento que podría perpetuarlo por semanas o meses. Los ataques rusos serían principalmente de artillería y aéreos, con pocas incursiones en el terreno.

En efecto, la toma de la ciudad de Kiev por parte de las tropas rusas no puede conseguirse, mientras las fuerzas locales van recapturando suburbios de la capital. Al mismo tiempo, Rusia sigue asediando la ciudad de Mariúpol en el oblast de Donestk.

A principios de abril se estima que Ucrania ha ganado la denominada Batalla de Kiev. Conforme los días fueron pasando, y Rusia no pudo hacerse de la capital, parece que los esfuerzos bélicos en esta segunda etapa pasarían a concentrarse en la región oriental del país y la franja costera del mar Negro. Las operaciones rusas en territorio oriental ucraniano se canalizarían a través de 3 ejes: desde Izium hacia el sur, desde Rubizhne y Severodonestk hacia el suroeste, y desde Pospana hacia el oeste.

El 8 de abril la Fiscalía General de Ucrania confirmó que se encontraron 164 cuerpos de civiles masacrados por las tropas rusas en la localidad de Bucha, un suburbio de la capital ucraniana.

Un hecho importante, especialmente desde el punto de vista anímico y mediático fue el hundimiento el 14 de abril del crucero *Moskva* de la armada rusa, insignia de la flota rusa en mar Negro. Este episodio, sin considerar si fue un accidente o un ataque determinado, gatilló la intensificación de los ataques *misilísticos* por parte de Rusia.

Hacia el 18 de abril, Rusia estaría próximo a declarar su victoria en la Batalla de Mariúpol.

Los últimos días de abril, comenzaron a registrarse episodios de desestabilización, específicamente denuncias de ataques simulados por parte de Rusia, en la región moldava de Transnistria, ocupada por este país.

En el marco de este conflicto de características híbridas, que se batalla en varios frentes – y no todos necesariamente bélicos –, a principios de mayo la televisión rusa desplegaba un mapa de Europa en el que se simulaba el lanzamiento de misiles nucleares desde Kaliningrado hacia París, Londres y Berlín.

El día 9 de mayo tiene una especial carga emocional para Rusia al conmemorarse el Día de la Victoria, recordando la rendición de la Alemania nazi en 1945. Como es de estilo, no faltó el imponente desfile militar por Moscú mostrando músculo militar. En su esperado discurso, Putin elogió los esfuerzos rusos en territorio ucraniano al tiempo de confirmar el curso de acción que se está llevando a cabo en Ucrania (frente otras alternativas que se manejaban, como anunciar de algún modo la victoria rusa, o declarar formalmente la guerra a Ucrania y lanzar una movilización general).

En su retórica el Presidente ruso volvió con su narrativa para justificar su invasión a Ucrania: que se trata de un Estado nazi; que Estados Unidos y la OTAN se negaron a reconocer las preocupaciones en materia de seguridad de Rusia y provocaron la guerra; y que el gobierno de Kiev estaba preparando un ataque inminente y un genocidio contra los rusos hablantes en el este del país.

Mientras tanto, fuerzas rusas fortalecen su posición en la Isla de las Serpientes²² con el fin de bloquear las comunicaciones y capacidades marítimas de Ucrania en los accesos a Odesa y continúan lanzando ataques de artillería, aéreos y navales contra la planta siderúrgica de Azovstal en Mariúpol²³, que resiste hasta el día 16 de mayo y amenaza con precipitar la caída de la propia ciudad.

A casi tres meses de producida la invasión, el final de este conflicto es incierto. Como acontece generalmente, la batalla no se libra solo en el terreno, sino en varios frentes que se encuentran activos en forma paralela: intervenciones mediáticas, movimientos en el seno de la OTAN y la UE, diplomacia de las potencias intervinientes, sanciones, alteraciones en el mapa energético, etc.

El 21 de mayo, el gobierno ruso anuncia la rendición de Mariúpol.

4. LAS REPERCUSIONES INTERNACIONALES




a. En la comunidad internacional. Desde 1990 los avances de Rusia para modificar en su beneficio el mapa de Europa oriental han sido sistemáticos, bien planificados y exitosos (ver supra Numeral 1, literal c y Numeral 2), no hay claridad para determinar cuál es el límite de esos intentos

²² Islote rocoso en el Mar Negro, a 45 kmtrs. de Rumania y de Ucrania, a quién pertenece.

²³ Azovstal era hasta entonces un activo fundamental de la economía de Mariúpol, como complejo metalúrgico de ciclo completo, ocupando 10 000 puestos de trabajo asociados, con una producción de 7.000 toneladas de acero, 6 millones de toneladas de hierro y 4,5 millones de toneladas de metal laminado. Disponible en<: <https://www.understandingwar.org/backgrounder/russian-offensive-campaign-assessment-may-18>>

y ellos van en paralelo con la carrera política de Vladimir Putin²⁴. Esta política de expansión territorial sobre los antiguos espacios imperiales o de la URSS, han violado abiertamente diversos compromisos, especialmente en lo que respecta a la anexión de Crimea y la agresión militar a Ucrania²⁵. Desde 1945 ha habido más de 100 enfrentamientos importantes de carácter militar entre Estados²⁶, pero este es uno de los más graves y peligrosos de todos ellos por varias consideraciones. Ante estos hechos ¿cómo ha reaccionado la Comunidad Internacional?. Una opinión bastante extendida es que se ha hecho poco y que se ha caído en omisión al no responder militarmente.

Ucrania y Rusia: fuerza militar

	Ucrania	Rusia
Soldados	1.100.000	2.900.000
Activos 	200.000	900.000
Reserva* 	900.000	2.000.000
Aeronave de ataque 	98	1.511
Helicópteros de ataque 	34	544
Tanques 	2.596	12.240
Vehículos blindados 	12.303	30.122
Artillería remolcada 	2.040	7.571

*Nota: las reservas incluyen personas que han prestado servicio militar en los últimos 5 años

Figura 3. Balance de fuerza militar Rusia-Ucrania (al 22/01/2022). Fuente: Global Firepower, IISS Military Balance, BBC Mundo.

24 Vladimir Putin: Doctor en Derecho, ideológicamente formado en la filosofía hegeliana, miembro del Partido Comunista, 1973-91; desde 1975 oficial de inteligencia de la KGB; deja a ambos en 1991 para ingresar en política; 1991-95 se desempeña en la administración de San Petersburgo: desde 1996 trabaja en Moscú junto a Boris Yeltsin, en 1999 siendo este Presidente, Putin es Primer Ministro y cuando aquel dimite en 2000, pasa a ser Presidente interino de Rusia; después es electo en 2000 y reelecto en 2004; al no poder ser reelecto en 2008, el Presidente será Dimitri Medvedev y Putin Primer Ministro; en 2012, asume su tercera Presidencia en elección contestada y es reelecto en 2018; en 2021 propicia una reforma constitucional que le permitiría ser reelecto hasta el 2036.

25 Se ha violado la prohibición de recurrir al uso o a la amenaza del uso de la fuerza y a la obligación de actuar de buena fe (art. 2, incs. 4 y 2 de la Carta; y también el principio-deber de no intervención en cuanto a las políticas seguidas con los insurrectos de Crimea primero y con mayor claridad con los del Donbass, celebrando con ellos incluso tratados; se ha violado el Acta de Helsinki y el Protocolo de Budapest, donde uno de los garantes de la seguridad de Ucrania desnuclearizada, es el que la agrade militar y políticamente.

26 Nos referimos exclusivamente a aquello en que pueden eventualmente considerarse con agresiones violatorias del Principio de No intervención, no a aquellos casos en que los Estados actúan obedeciendo a un mandato de una Organización Internacional, aunque estos en algún caso pueden resultar ajenos a derecho.

Que las reacciones, en relación con la gravedad del ataque han resultado pocas, parece ser un hecho indiscutible; en cambio, que hubiere sido bueno aplicar sanciones militares a Rusia, nos parece que resulta discutible si se tiene en cuenta la personalidad del conductor de Rusia.

Brevemente veremos que se ha hecho y cuales podrían haber sido los resultados de obrar en forma diferente, dadas las circunstancias y los actores gravitantes.



Figura 4. El despliegue inicial estimado de las fuerzas rusas. Fuente: Global Firepower, IISS Balance, BBC Mundo

b. En el marco de la ONU. *) El Consejo de Seguridad. Una moción de Albania y EE. UU., deplorando la agresión rusa a Ucrania e instando a aquella a retirar sus fuerzas armadas en forma incondicional e inmediata obtuvo 11 votos, 3 abstenciones entre las cuales la significativa de China y el voto en contra del agresor, Rusia; no se aprobó por el veto Ruso²⁷. Al cerrarse esta vía, como en 1950 en el caso Corea, el Consejo llamó a la Asamblea General a realizar una Reunión Extraordinaria²⁸. No hubo otras actuaciones y la decisión, aunque no satisfaga, es totalmente legítima, es conforme a lo que el Consejo está legitimado a hacer y no hay forma de superarla, aunque sí de intentar paliarla, como se hizo, derivando el asunto a la Asamblea General.

***) La Asamblea General.** Cuyas decisiones no mandatan, pero respaldan posibilidades de Acción, en reunión extraordinaria aprobó por significativa mayoría²⁹ una Resolución en la que deplora (no condena) la

27 Este rechazo genera una propuesta posterior que será aprobada por la Asamblea General, para que, cuando se paralice el Consejo por un veto, quienes lo ejercieron deban justificar su ejercicio. Decisión importante en cuanto a sus efectos mediáticos, pero que no modifica en nada la situación de fondo.

28 Sera la 10ª. de su historia y la 1ª. en 40 años.

29 141 si, 35 abstenciones, incluyendo a China (sumadas más del 90 %), 5 no y 12 ausencias (sumados menos del 10 %).

agresión rusa y demanda el retiro sin condiciones de las tropas. También aprobará para el futuro la obligación de justificar los vetos (ver supra nota a pie nº 27). Tampoco este órgano puede hacer más de acuerdo con la Carta y su sistema.

***) La Secretaría General.** Su actuación ha sido poca y tardía y ha sido criticada por ello. Los hechos son notorios, pero, además de que la Secretaría ha venido perdiendo protagonismo desde fines del siglo XX, frente a acciones como las de Putin, con la permisividad general con que se tomaron y en el marco en la que se han dado, poco y nada puede hacer un Secretario General, salvo con fines mediáticos. Tampoco nada sustantivo parece haber conseguido con sus visitas a Moscú y Kiev.

***) La Corte Internacional de Justicia.** Ucrania, ante la agresión rusa, presentó un pedido de medidas provisionales en mérito a la Convención sobre Genocidio de 1948, de la que son parte ambos Estados. Rusia se opone. La Corte mandata suspender inmediatamente las operaciones (13 votos a 2) y abstenerse de agravar la situación (15 votos). Pero los trámites jurisdiccionales llevan sus tiempos e, incluso una condena, sólo contará con respaldo coercitivo general si pone en peligro la paz y seguridad internacionales y esto lo decide el Consejo de Seguridad, donde Rusia tiene el poder de veto.

***) El Consejo de Derechos Humanos.** Expresó su grave preocupación por la situación humanitaria y la de los derechos humanos en Ucrania y suspendió a Rusia de su participación en el Consejo por una mayoría menor que la obtenida en la Asamblea General: 93 sí, 24 no (China entre ellos) y 58 abstenciones.

c. En otros órganos y Organizaciones. En la **Corte Penal Internacional**, tribunal independiente pero muy vinculado con la ONU, del que no son parte ni Rusia ni Ucrania, su fiscal indaga si puede intervenir de oficio por la existencia de crímenes de guerra.

La **Unión Europea**, al verse amenazada ha asumido un papel importante y ha brindado múltiples apoyos humanitarios, logísticos y económicos y aplicado a Rusia fuertes sanciones económicas, financieras, restricciones personales, de las comunicaciones y otros tipos, sin entrar en los apoyos militares por el lógico temor a una respuesta nuclear con la que ha amenazado Putin, con gran difusión mediática.

La **OTAN** se ha mostrado también atenta y prudente, frente a este desafío sin precedentes en suelo europeo en muchas décadas.

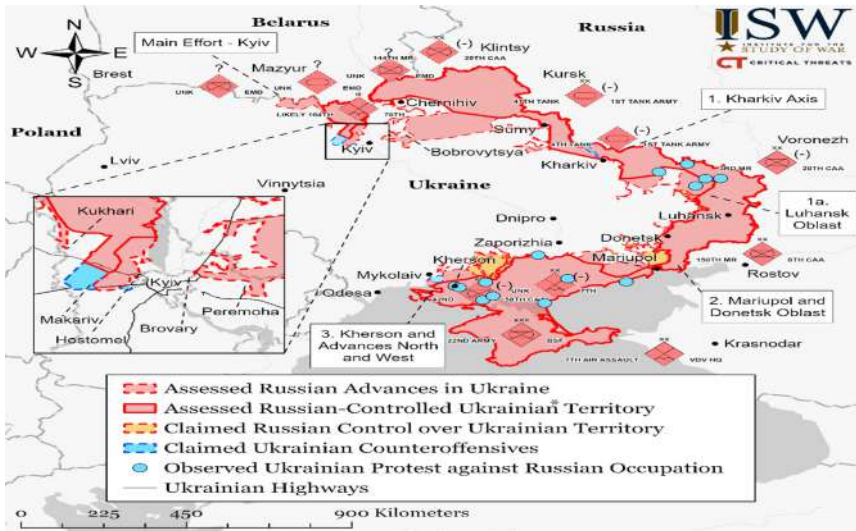


Figura 5. Control del terreno en Ucrania y los principales ejes de maniobra rusos al 24 de marzo de 2022. Fuente: <https://www.understandingwar.org>

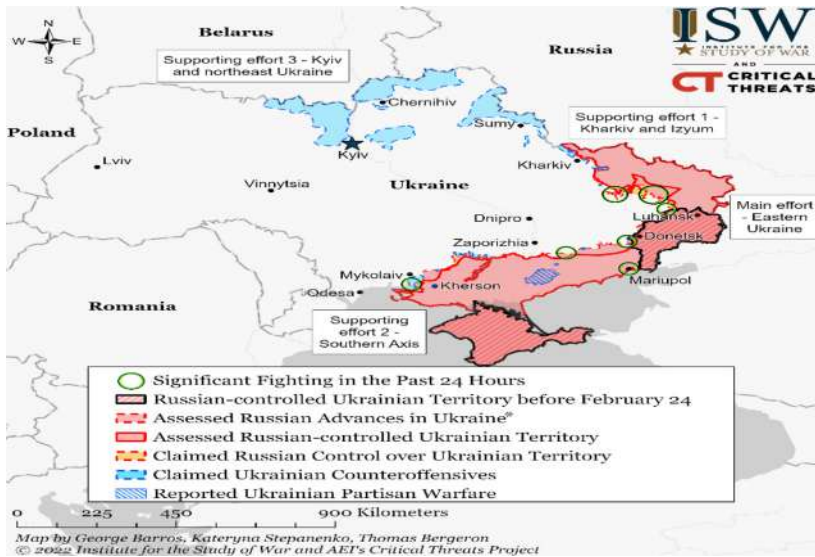


Figura 6. Control del terreno en Ucrania y los principales ejes de maniobra rusos al 28 de abril de 2022. Fuente: <https://www.understandingwar.org>

La **OEA** condenó la agresión rusa calificándola de crimen contra la paz y seguridad internacionales, llamó a su cese inmediato y al retiro de las tropas rusas y condenó el reconocimiento ruso a las Repúblicas Populares del Donbas. Siendo ambos involucrados Observadores permanentes en la Organización, esta suspendió en tal calidad a Rusia. La **Organización de la Unidad Africana**, no se ha pronunciado y tampoco, que sepamos, lo ha hecho la **Comunidad de Estados Independientes**. Desde la **Organización de Cooperación de Shanghai**, el conflicto se percibe como un desafío para sus miembros, particularmente para los que pertenecían a la antigua URSS – como Kazajistán y Uzbekistán-, los cuales deberán manejar la incomodidad de la invasión rusa con la preservación de sus tradicionales vínculos políticos y económicos con Moscú. En este sentido, es central para esta Organización el posicionamiento e impulso que le imprima China, su miembro principal.

d. Los Estados. Dos son los beligerantes: **Ucrania** el agredido y **Rusia** el agresor; a esta la apoya militarmente **Bielorrusia**. Los demás Estados, sin intervenir en las acciones apoyan mayoritariamente a Ucrania y algunos respaldan a Rusia. De los socios del BRICS, **China**, que ha sido considerada aliada o un fuerte respaldo de Rusia, muestra una posición menos comprometida, guardando equilibrios y distancia; de los otros, **Brasil** es quién más apoya a Rusia, **India** se dice neutral y **Sudáfrica** no justifica la guerra. Entre los demás países, quienes más han apoyado a Ucrania son **EE. UU. y Reino Unido**, los garantes del Protocolo de Budapest, **Alemania y Canadá**, y diplomáticamente **Francia**. También están en esa línea, **Australia, Corea del Sur y Japón**. Los Estados de Europa Oriental se sienten preocupados y amenazados en su seguridad, y quienes no son miembros procuran apresurar su ingreso a la Unión Europea y la OTAN.

5. CONSECUENCIAS POLÍTICAS

Es difícil predecir qué orden internacional resultará de este conflicto en el este de Europa (esperemos siga geográficamente acotado, si bien varios jugadores están involucrados y a la fecha sigue intacto el riesgo de su generalización), lo que sí podemos aventurar es que, haciendo un paralelismo con la pandemia del COVID-19, que sirvió de catalizador para muchos procesos que venían gestándose, finalmente cristalizaron y “vinieron para quedarse”, la guerra en Ucrania confirma definitivamente que del orden de 1945, amén de la paradas de 1989 y 2001, por citar algunas, queda muy poco en pie.

Para comenzar, el conflicto demostró la inoperancia y pasividad de la organización mundial que nació en 1945, las Naciones Unidas, aquejada de carencias estructurales, menos malas, pero similares que su predecesora, la Sociedad de Naciones, igualmente paralizada, inefectiva y deslegitimada conforme la idea democrática se iba desmoronando a comienzos de los años

´30, y los regímenes totalitarios avanzaban impunemente entre sociedades desencantadas e intentos de apaciguamiento (nada que parezca muy alejado en el tiempo).

La guerra, originada por los temores y complejos en materia de seguridad del Presidente Putin, ha servido como un soplo de aire fresco a la OTAN, un *élan* más que necesario para una organización que, creada para un mundo bipolar, tuvo que replantearse su razón de existir en 1989, y que ahora se hace fuerte en una especie de bipolarismo 4.0, que se enriqueció con las incorporaciones de los viejos miembros del Pacto de Varsovia y va por nuevos candidatos como Suecia, la otrora neutral Finlandia, Georgia, Moldavia, y ¿Ucrania?, en movimientos que no generan aceptación unánime entre los miembros de la Organización, por ejemplo en el caso de la resistencia de Turquía frente a la solicitud de ingreso de Suecia a la alianza. Hacia el 20 de mayo Suecia y Finlandia han solicitado incorporarse a OTAN.

El conflicto también impone los límites de una escalada generalizada ante el riesgo de un espiral que derive en una guerra nuclear, con consecuencias impensadas. En este sentido, la mesura, la racionalidad y la cordura deben primar, ante las tentaciones, las provocaciones, malas interpretaciones y errores de cálculo entre *fake news* y escenarios simulados. En este sentido, el deslizamiento del avance ruso por la costa del mar Negro hacia Moldavia y los últimos acontecimientos en Transnistria hacen avizorar una temeraria expansión del conflicto.

La invasión de Rusia a Ucrania desnudó con crudeza – ya lo sabíamos desde las crisis del petróleo de los años ´70– la interdependencia en la que estamos inmersos los países de todo el mundo, y como las notas de sensibilidad y vulnerabilidad que enseñaban Keohane y Nye se muestran descarnadamente en el comercio internacional, la energía, las inversiones, etc, encareciendo el costo de vida de manera generalizada e irresistible en todo el mundo. En esta línea, la necesidad de liberarse por parte de Europa de la dependencia respecto del gas ruso ha acelerado procesos de transición energética u búsqueda de nuevas alternativas comerciales y modalidades de suministro, lo cual seguramente redundará en una reconfiguración del “mapa” de la energía y un mayor vigor de la diplomacia energética.

Las acciones rusas pusieron en evidencia la heterogeneidad en la aproximación de la comunidad internacional al conflicto, tal como se ha manifestado en las votaciones realizadas tanto en la Asamblea General de las Naciones Unidas, como en el Consejo de Derechos Humanos, en las propias divisiones a la interna de la Unión Europea (caso Hungría) y en las expresiones realizadas al respecto por varios líderes mundiales. En este sentido, países como China e India, que mantienen una voz propia en línea con sus intereses geoestratégicos, son ejemplo de que el nuevo orden por configurarse necesariamente deberá incluir seriamente a estos potentes actores otrora *emergentes*.

Este conflicto bélico, a la vez de servir como arena del *hard power* de los participantes – directos e indirectos –, seguramente redundará en una recalibración del nivel de *soft power* de los involucrados, particularmente frente a una comunidad internacional que ha sido testigo de los discursos y las acciones de las potencias de esta hora. En este sentido, habrá que analizar cómo queda el espacio post-soviético, donde Rusia tiene voz y un peso todavía muy relevante, que se manifiesta en los fuertes vínculos económico-comerciales y de inversiones, culturales, y particularmente políticos, como lo ha demostrado la ocupación de parte de territorio georgiano, su importante rol en el conflicto de Nagorno-Karabakh o, allende el Caspio, en la intervención – solicitada por el gobierno- de Kazakstán el pasado mes de enero. Lo que parece claro es que los niveles de *soft power* de la Rusia de Putin habrán quedado devaluados luego que finalice este conflicto. Del resto de los protagonistas, dependerá de los resultados de sus acciones, como es el caso de China, que tiene una gran oportunidad de demostrar su talla como gran potencia internacional.

Otros *byproducts* que lamentablemente ha generado esta agresión rusa es la crisis migratoria y humanitaria, con el desplazamiento dentro de Ucrania y huida del país de más de 10 millones de personas³⁰, así como la crisis alimentaria que se cierne en países de Asia y África por la caída – y consiguiente encarecimiento – del comercio de cereales, al recordar que Ucrania y Rusia producen el 30% de la oferta mundial de trigo, 20% del maíz y el 75-80% del aceite de semilla de girasol³¹.

Finalmente, todas las acciones que desató la invasión a Ucrania demostraron la puesta en práctica de conceptos tradicionales de la política internacional y la Historia de las relaciones internacionales, como la consideración de la importancia de los “Estados tapones”, o el propio concepto de razón de Estado, ejemplificado con la reanudación de los contactos entre Estados Unidos y Venezuela a efectos de salvaguardar los suministros energéticos, o la *rentrée* de Turquía como anfitrión y *broker* de varios intentos de acercamiento entre las partes, un aliado OTAN clave en el SE de Europa.

En definitiva, habrá que estar a cómo queda configurado próximo nuevo orden post guerra de Ucrania.

30 ACNUR ESPAÑA. “El Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados pide el fin inmediato de la guerra en Ucrania, que ha desplazado a más de 10 millones de personas” 31/03/2022. Disponible en: < <https://www.acnur.org/es-es/noticias/press/2022/3/6245de734/el-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-refugiados-pide-el-fin-inmediato.html> >

31 LOS ANGELES TIME. “ONU: Guerra en Ucrania agrava crisis alimentaria en el mundo”. 29/03/2022. Disponible en: < <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2022-03-29/onu-guerra-en-ucrani> Libre investigador en ejercicio a-agrava-crisis-alimentaria-en-el-mundo >

6. PROYECCIONES JURÍDICAS

Para no destruirse y vivir en paz y seguridad, al filo del primer cuarto del siglo XXI, la Sociedad Internacional requiere entrar definitivamente en un estado civilizado y de paz³², dejando de lado la idea política de soberanía, para aceptar una idea jurídica de soberanía, soberanía bajo Derecho Internacional³³. Hacia ese fin ha ido avanzando sistemáticamente la humanidad, pero siempre lo ha hecho después de grandes conflictos armados³⁴. Actualmente una guerra total y con todas las armas puede llevar a la civilización humana a desaparecer o retrogradar milenios en su cultura³⁵. Partiendo del supuesto de que este conflicto no avance, que se supere y se mantenga la civilización, sería conveniente aprovechar la experiencia y reestructurar el pacto entre las Naciones para convivir en sociedad.

Para concretar esos esfuerzos los juristas tienen poco que hacer directamente; será la obra del peso de la opinión pública internacional: la de las decisiones de los conductores políticos de los Estados y la de la influencia que puedan tener los altos rangos del funcionariado internacional. Entran en el campo de las ciencias sociológicas y políticas.

No obstante, las sociedades internas y la sociedad internacional tiene idénticas bases, los seres humanos y ellos, en sus ámbitos internos, entraron en estado civilizado cuando los pueblos y sus conductores decidieron dar certeza y seguridad a la convivencia, en un marco de la mayor justicia posible y crearon reglas que después devinieron en normas jurídicas constitucionales y reconocieron autoridades con poder, al principio sólo político y en los estadios más avanzados un poder coercitivo, jurídico, que las respaldaban para hacerlas cumplir o castigar sus violaciones. En esto tienen los juristas internacionales una gran responsabilidad y tarea. Deberán ingeniarse para proyectar estructuras jurídico-internacionales aptas para tales propósitos, que atiendan a los intereses políticos razonables de los Estados, que seduzcan principalmente a sus pueblos y, en consecuencia, a sus conductores, para que las acepten y concreten.

En este sentido debe pensarse en transitar del Derecho Internacional Público con estructura puras de coordinación³⁶ para pasar a regular algunos

32 Ver ARBUET-VIGNALI, Heber. *Teoría general del Derecho Internacional Público. Para la posmodernidad y desde la Escuela de Montevideo*. Ed. La Ley, Uruguay. Montevideo 2019. Capítulo II, Sección II y Capítulo IV, Sección III, Numerales 4 y 5 y 2021, Capítulo VI, especialmente Numeral 4) y

33 Ver Arbuét-Vignali, Heber. *Teoría jurídica de la soberanía. Y su influencia en la teoría del Estado posmoderno*. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2019/1.

34 Acuerdo de Lagash y Umma. +/- 2500 a.C.; Tratados de Westfalia, 1648, Congreso de Viena 1815, Pacto de la Sociedad de las Naciones 1918, Carta de Naciones Unidas, 1945.

35 ARBUET VIGNALI, Heber. Futurología sobre las normas Internacionales. En Publicaciones del CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales). Edición en soporte digital, Estudio 03/20, del 29 de mayo de 2020. Disponible en< <http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri03del20arbuét.pdf>>

36 ARBUET VIGNALI, Heber. La importancia de las estructuras jurídicas para el Derecho Internacional. En Publicaciones del CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones

ámbitos de competencias en la actividad de los Estados, con sistemas jurídicos internacionales con estructuras mixtas, de coordinación y subordinación. Comenzando por algunos sectores ya regulados en forma muy avanzada³⁷, para los cuales la mentalidad está preparada; siguiendo por otros campos que las requieren urgentemente³⁸; continuando por procurar un objetivo común de toda la humanidad, como ser la colonización del espacio exterior y regular su concreción.

Para todo esto será necesario que los juristas proyecten los sistemas jurídicos que hagan funcionales esas ideas y creen un nuevo pacto internacional mundial más fuerte y obligatorio, porque el que nos regula, la Carta de las Naciones Unidas, es el mayor y mejor aporte de la sociedad internacional hasta el momento actual, que ha concretado logros fundamentales³⁹ y debe conservarse para muchos temas; pero debe ser sustituido por un nuevo pacto fundacional que asegure la paz y seguridad internacionales y que avance hacia la supranacionalidad. Y eso es muy difícil, por no pensar en imposible, de hacer en el marco de Naciones Unidas, cuya concepción cultural y política lo impiden y el interés de cualquiera de los 5 Estados que disponen del veto, o el de algún aliado que ellos deseen amparar, no solo frustrará cualquier avance, sino que también impedirá la modificación de la propia Carta, porque así está pactado y consagrado en la Carta (arts. 108 y 109 inc. 2). La Carta es el producto de dos fuerzas: las futuristas que respondían al clamor de los pueblos que no querían más guerras, que eran acogidas por algunos Estados y atendían a las filosofías neo ius naturalistas y que aportaron a la Carta los Principios, entre ellos el de la soberanía jurídica, bajo Derecho Internacional y las bases para los cambios sustanciales; y las conservadoras sustentadas por los Jefes de Estado realistas, que preferían la soberanía política, el equilibrio de poderes y la posibilidad de un moderado recurso a la fuerza, que era la posición de las 5 grandes potencias⁴⁰, las que impusieron los asientos permanentes en el Consejo, la centralización en él de todo lo decisivo y el veto, incluso para impedir modificaciones al sistema⁴¹.

Lo primero es sortear este difícil momento y de inmediato, comenzar

Internacionales). Edición en soporte digital, Estudio 07/21, octubre de 2021/1 Disponible en < <http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri07del21arbueta.pdf>>

37 El sistema jurídico para el Continente Antártico, la Carta del Espacio.

38 El combate a la piratería, a las mafias internacionales, especialmente las de tráfico de personas y drogas, la lucha contra el terrorismo internacional, regular internacionalmente el ciber espacio y la protección al ambiente humano y otros similares.

39 La liberación de los pueblos coloniales y su transformación en Estados independientes, la protección internacional de los derechos humanos, la creación del primer sistema jurídico internacional para las relaciones internacionales, el establecimiento del primer sistema mundial de seguridad colectiva que, aunque con deficiencias, ha puesto en evidencia la agresión rusa y lo más trascendente, ha evitado por 77 años una guerra de todos con todas las armas.

40 Sus jefes eran Truman, Stalin, Churchill, Chiang Kai-shek y De Gaulle.

41 ARBUET-VIGNALI, Heber. "Imperativo inminente", En Newsletter, Nº 8. Servicio de información del CURI, mayo de 2022

a proyectar los cambios jurídicos y socio políticos necesario para evitar que estos hechos se repitan.

CONFLICTO DE INTERÉS Y FINANCIAMIENTO

Ambos autores declaran no presentar ningún tipo de conflicto de interés y la investigación no cuenta con financiamiento institucional.

CONTRIBUCIONES DE LOS AUTORES

Fue elaborado en su totalidad en conjunto y con acuerdo de ambos autores, razón por la cual todas sus partes constituyen contribuciones académicas conjuntas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR España. “El Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados pide el fin inmediato de la guerra en Ucrania, que ha desplazado a más de 10 millones de personas”. 31/03/2022. [Fecha de consulta: 12/05/2022] Disponible en: <<https://www.acnur.org/es-es/noticias/press/2022/3/6245de734/el-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-refugiados-pide-el-fin-inmediato.html>>

ARBUET-VIGNALI, Heber. “Un triángulo amoroso u odioso. Ucrania-Crimea-Rusia y el Derecho Internacional”. *Revista de Derecho Público*. 2014, año 23. n° 45.p. 7-35, Disponible en <<http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/45/arbuet.php>>

ARBUET-VIGNALI, Heber. “Ucrania y la paz. Un conflicto removedor” *Revista Tribuna del Abogado*, agosto 2014, n° 189, p.7-14.

ARBUET-VIGNALI, Heber. *Teoría general del Derecho Internacional Público. Para la posmodernidad y desde la Escuela de Montevideo*. Uruguay, Montevideo: La Ley, 2019

ARBUET-VIGNALI, Heber. *Teoría jurídica de la soberanía. Y su influencia en la teoría del Estado posmoderno*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2019.

ARBUET VIGNALI, Heber. Futurología sobre las normas Internacionales. En: Publicaciones del CURI (Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales). Edición en soporte digital, *Estudio 03/20, del 29 de mayo de 2020*, Disponible en:<<http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri03del20arbuet.pdf>>

ARBUET-VIGNALI, Heber. *La Escuela de Montevideo de Derecho Internacional Público*. Fundada por el Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2021.

ARBUET VIGNALI, Heber. La importancia de las estructuras jurídicas para el Derecho Internacional. En Publicaciones del CURI (Consejo Uruguayo

para las Relaciones Internacionales). Edición en soporte digital, *Estudio 07/21*, octubre de 2021/1, Disponible en: <<http://curi.org.uy/archivos/estudiocuri07del21arbueta.pdf>>

ARBUET-VIGNALI, Heber. Imperativo inminente. En: *SERVICIO DE INFORMACIÓN DEL CURRI*, Newsletter, Nº 8, mayo de 2022.

BBC MUNDO. “10 mapas que explican las crisis de Ucrania”. 5 /10/2014 [Fecha de consulta: 04/03/2022] Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140905_ukrania_rusia_crisis_en_mapas_nc>

DICKINSON, Peter. “The 2008 Russo-Georgian War: Putin’s green light”. *Atlantic Council*. 07/08/2021. [Fecha de consulta 05/05/2022] Disponible en: <<https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/the-2008-russo-georgian-war-putins-green-light/>>

ECKEL, Mike. “U.S. Imposes New Sanctions Over Ukraine Conflict as U.S., Russian Envoys Set to Meet”. *Radio Free Europe*. 26/01/2018. [Fecha de consulta: 20/03/2022] Disponible en <<https://www.rferl.org/a/russia-new-u-s-sanctions-ukraine/29000684.html>> [

AGENCIA EFE . “OSCE calls proclamation of new state Malorossiya a provocation”. 19/07/2017. [Fecha de consulta: 15/03/2022] .Disponible en: < <https://www.efe.com/efe/english/world/osce-calls-proclamation-of-new-state-malorossiya-a-provocation/50000262-3329907>>

EL PAÍS. “La Asamblea General de la ONU condena por mayoría aplastante la invasión rusa de Ucrania”. 2/3/2022 [Fecha de consulta: 10/03/2022] Disponible en <<https://elpais.com/internacional/2022-03-02/la-asamblea-general-de-la-onu-condena-por-mayoria-aplastante-la-invasion-rusa-de-ukrania.html>>

EUROPAPRESS. “El Parlamento de Rusia ratifica el reconocimiento de la independencia de Donetsk y Lugansk”. 22/02/2022. [Fecha de consulta: 17/03/2022] Disponible en: <<https://www.europapress.es/internacional/noticia-parlamento-rusia-ratifica-reconocimiento-independencia-donetsk-lugansk-20220222123741.html>>

FEDERAL FOREIGN OFFICE. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Declaration of Minsk in support of the “Package of Measures for the Implementation of the Minsk Agreements”. 2015. [Fecha de consulta: 18/03/2022] Disponible en: < <https://www.auswaertige/s-amt.de/en/newsroom/news/150212-minsk-declaration/269274>>

HUNTINGTON, Samuel P. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del Orden Mundial*. Buenos, Barcelona, México: Paidós. 1997

HUTSCHENREUTER, Alberto. *La Política Exterior Rusa Despues Guerra Fria Humillación y Reparación*. Areté Grupo Editor. 2011.

INSTITUTE FRANCAIS DES RELATIONS INTERNATIONALES, IFRI . Guerre en Ukraine. Leçon de grammaire stratégique. Briefings de l'IFRI. Febrero de 2022.

INSTITUTE FOR THE STUDY OF WAR. Disponible en <<https://www.understandingwar.org>>

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, Facultad de Derecho, Universidad de la República. *Nuestras fronteras. Situación general y problemas*. Montevideo:Fundación de Cultura Universitaria, 1989.

KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Barcelona: Ediciones B. 1996.

KRAMER, Mark (2022) . “Why did Russia give away Crimea sixty years ago”. *Wilson Center*. [Fecha de consulta 22/03/2022] Disponible en: < <https://www.wilsoncenter.org/publication/why-did-russia-give-away-crimea-sixty-years-ago>>

LOS ANGELES TIMES. “ONU: Guerra en Ucrania agrava crisis alimentaria en el mundo” 29/03/2022. [Fecha de consulta: 09/05/2022] Disponible en: < <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2022-03-29/onu-guerra-en-ucrania-agrava-crisis-alimentaria-en-el-mundo>>

NACIONES UNIDAS. “Rusia, suspendida del Consejo de Derechos Humanos”. 07/04/2022. [Fecha de consulta 17/04/2022] Disponible en: <<https://news.un.org/es/story/2022/04/1506852>>

RADIO FREE EUROPE. “Ukraine War A New Test For Chinese Power Across Eurasia”, 01/05/2022.[Fecha de consulta: 10/05/2022] Disponible en: <<https://www.rferl.org/a/china-russia-ukraine-war-power-eurasia-sco-/31829145.html>>

RENOUVIN, Pierre y DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Introduction à l'histoire des relations internationales*. Paris : Librairie Armand Colin, 1964.

RUBIO PIO, Antonio. La inviolabilidad de las fronteras y el Acta final de Helsinki. En: REAL INSTITUTO ELCANO. 30/07/2015. [Fecha de consulta: 16/03/2022] Disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/la-inviolabilidad-de-las-fronteras-y-el-acta-final-de-helsinki/>.

TAYLOR, Adam. “Ukrainian separatists claim to have created a new country: Malorossiya, or ‘Little Russia’”.19/07/2017. En: THE WASHINGTON POST. [Fecha de consulta: 15/03/2022] Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/07/19/ukrainian-separatists-claim-to-have-created-a-new-country-malorossiya-or-little-russia> .

TCHÉPIGA, G. G.. « L'influence des Cosaques dans l'histoire du Donbass : mythe et réalité Méthode » *Revue des Instituts Fracs Russes*. 2021. [Fecha de consulta 4/03/2022] Disponible en: <<https://www.revuemethode.org/sf021604.html>>

WARSAW INSTITUTE. "Malarossiya is a russian idea". 19/07/2017. [Fecha de consulta 15/03/2022] Disponible en: <<https://warsawinstitute.org/malorossiya-is-a-russian-idea/>>

ZORGBIBE, Charles. *Historia de las relaciones internacionales, 2. Del sistema de Yalta a nuestros días*. Madrid: Alianza Universidad.1997



Ukraine, aggression, and then?

Abstract: On February 24th Russia invades Ukraine, unleashing a conflict which is still ongoing. The main purpose of the UN Charter is to maintain international peace and security. Since then, an all-out war has been avoided, even though there have been many international and other armed conflicts. Conflict in Ukraine is not just another international armed one. For the second time (after Cuban missiles crisis 1962), we are facing the possibility – by domino effect – of triggering a Third World War. Russia has openly ignored its previous commitments, including UN Charter. International community has responded with energy, prudence and rationality, with few elements to cope with. Finally, political impacts are analyzed as well as legal shortcomings that have to be overcome in order to avoid repeating these facts.

Keywords: International law, Use of force, Attack, International security, International conflict.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Hebert Arbuet-Vignale. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UdelaR, Uruguay. Antiguo Catedrático de Derecho Internacional Público y antiguo Catedrático de Historia de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho UdelaR. Consejero fundador del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI). Libre investigador en ejercicio. Premio CONICYT a la investigación jurídica, Grado III, 1999-2001.

Ramiro Rodríguez Bausero. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR), Licenciado en Relaciones Internacionales (UDELAR), Magíster en Política y Economía Internacionales (UDESA). Profesor Asistente (Grado 2) Cátedra de Historia de las Relaciones Internacionales, UDELAR. Miembro del Comité de Derecho Internacional del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales, CURI. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Estudios de Asia y África, ALADAA. Funcionario del Servicio Exterior de Uruguay. E-mail: ramirorb23@hotmail.com

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, Asunción, 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 enquanto, o que resulta de mais interesse é a reação da “comunidade internacional” sobre o evento que há condenado com veemência o ataque. É

*E-mail: manuelrivero@tprmercosur.org
Recibido: 22/03/2022. Aceptado: 18/04/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

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 libertades.

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 y la Resolución 3314 de la Asamblea General.

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 genocidio 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 sancionatoria 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 en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. 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 de Naciones Unidas, 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

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.

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 del CS y de sendas e innumerables condenas de la AG³ 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 la OTAN han esbozado la idea de un ataque real 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

3 Asamblea General de las Naciones Unidas.

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.

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, en su momento) 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 primas. 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 FMI⁴ y BM⁵, quitarle beneficios que posee en la OMC⁶, limitar sus

4 Fondo Monetario Internacional.

5 Banco Mundial.

6 Organización Mundial del Comercio

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 *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 al Presidente Putin sino a toda la ciudadanía rusa y con serios efectos en la economía mundial como sería el 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 al presidente Putin y sus colaboradores (congelamiento de sus bienes en el exterior)– sino frente a toda la economía y población rusa (dentro como fuera del territorio).

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

⁷ The Global Provider of Secure Financial messaging Service. Disponible en: <<https://www.swift.com/es/about-us/discover-swift/mensajeria-y-normas>>

⁸ BBC News. 13 de marzo de 2022. Disponible en: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-60647543>>

⁹ Instituto Internacional de Estudios Estratégicos.

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 impreparada.

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 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, donde la violación del Derecho Internacional fue evidente, 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, COI¹⁰, etc., suspendiendo a los EE. UU o a Israel¹¹ 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 bielorrusos¹²”. 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.

10 Comité Olímpico Internacional

11 A/ES-10/273. Asamblea General de Naciones Unidas.

12 France24 noticias

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 expresó¹³ :

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 “conciencia 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. Lo que fragmenta al Derecho Internacional moderno es esta ambigüedad de respuesta y toma de medidas unilaterales al margen de su marco legal.

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

13 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>>

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 han 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 provisionales¹⁴ 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.

¹⁴ 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.

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)¹⁵. 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 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

15 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>>

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.

CONFLICTO DE INTERÉS Y FINANCIAMIENTO

El autor declara no presentar ningún conflicto de interés en la elaboración del artículo, y tampoco cuenta con apoyo financiero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC NEWS. “Russia sanctions: how the measures have changes daily life”. 13 de marzo de 2022. [Consultado el 19/03/2022]. Disponible en: < <https://www.bbc.com/news/world-europe-60647543>>

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>>

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. [Consultado el 22/03/2022]. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-FR.pdf>>

DEUTSCHE WELLE. “La EU aprueba nuevas sanciones contra Rusia en coordinación con el G7”. 11 de marzo de 2022. [Consultado el 17/03/2022] Disponible en: <<https://www.dw.com/es/la-ue-aprueba-nuevas-sanciones-contra-rusia-en-coordinaci%C3%B3n-con-el-g7/a-61101235>>

DIARIO MARCA. “Medvedev podría perderse Wimbledon si no muestra su oposición a Putin”. 15 de marzo de 2022. [Consultado el 22/03/2022] Disponible en: <<https://www.marca.com/tenis/wimbledon/2022/03/15/6230b24122601d14118b45d7.html>>

EUROPA PRESS. “La Unión Europa impondrá desde este sábado nuevas sanciones comerciales para aislar a Rusia”. 12 de marzo de 2022. [Consultado el 20/03/2022] Disponible en: <<https://www.europapress.es/internacional/noticia-ue-impondra-sabado-nuevas-sanciones-comerciales-aislar-mas-rusia-20220312081946.html>>

FIFA. Reglamento de Gobierno de la FIFA. 2019. [Consultado el 22/03/2022] Disponible en:<<https://digitalhub.fifa.com/m/525ea7b04e02b701/original/>>

n3vz6jsrruu8bjytpako-pdf.pdf>

FRANCIA24. “La FIFA y la UEFA suspenden a Rusia de todas las competiciones”. 28 de febrero de 2022. [Consultado el 22/03/2022] Disponible en: <<https://www.france24.com/es/deportes/20220228-rusia-mundial-descalificado>>

NACIONES UNIDAS. Carta de Naciones en español. [Consultado el 19/03/2022] Disponible en: <<https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-4>>

NACIONES UNIDAS. Carta de Naciones Unidas en francés. [Consultado el 18/03/2022] Disponible en: <<https://www.un.org/fr/about-us/un-charter/chapter-1>>

NACIONES UNIDAS. Carta de Naciones Unidas en inglés. [Consultado el 19/03/2022] Disponible en: <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter>>

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. [Consultado el 21/03/2022] Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>>

OTAN. Tratado del Atlántico Norte. [Consultado el 17/03/2022] Disponible en: <https://www.nato.int/nato-welcome/index_es.html>

PIANTADOSI, Giulio Maria. “La potencia nuclear rusa: una amenaza que la OTAN no puede igualar”. EL CONFIDENCIAL 20 de marzo de 2022. [Consultado el 21/03/2022] Disponible en: <https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-03-20/potencia-nuclear-rusa-amenaza-otan_3392876/>

SWIFT WEBSITE. “An update to our message for the SWIFT Community”. 20 de marzo de 2022. [Consultado el 22/03/2022] Disponible en: <<https://www.swift.com/es/node/308383>>



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.

Le droit international, la guerre et l'éthique

El Derecho Internacional, la guerra y la ética

Josué Guillaume Jeaniton* 

Universidad Nacional de Asunción, Facultad de Filosofía, Instituto Superior de Lenguas,
Asunción, Paraguay.

«Sachez qu'au moment de votre paisible lecture, ils sont nombreux à souffrir et à se faire tuer par balles un peu partout dans le monde, soit comme des civils ou comme des combattants engagés dans des conflits armés. La violence et la guerre s'imposent dans nos moeurs à un rythme effrené et semblent s'y installer pour toujours. Si rien n'en est dit pour éviter cette réalité combien macabre, de grosses sommes sont pourtant investies pour fabriquer de plus en plus d'armes, afin de détruire des vies humaines ».

Résumé: Le droit international se trouve dans une impasse difficile face à la fabrication et l'utilisation d'armes de guerre par les grands pays. Les violences ou les conflits qui surgissent entre et au sein des États ne garantissent en rien la paix et la tranquillité que nous recherchons. Les Organisations Internationales perdent de plus en plus leur raison d'être. Donc, les principes juridiques internationaux ne s'appliquent pas en temps de "paix", encore moins en temps de conflits armés. Et, la vie humaine est en perpétuelle menace ou demeure sans valeur aux yeux des protagonistes des relations internationales qui continuent à défendre leurs intérêts inavoués et inavouables.

Resumen: El Derecho Internacional está cada vez más en una situación insegura frente a la fabricación de armas de guerra por los grandes países. Las violencias, las guerras surgidas no garantizan la paz y la tranquilidad que buscamos, por lo que las Organizaciones Internacionales pierden su razón de ser. Aun así, los principios jurídicos internacionales no se aplican tanto en

*E-mail: josueguillaume17@yahoo.fr
Recibido: 12/05/2022. Aceptado: 28/06/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

tiempo de “paz” como en momentos de conflictos armados y la vida humana está en perpetua amenaza o permanece sin valor alguno en los ojos de los protagonistas de las relaciones internacionales que siguen defendiendo sus intereses inconfesables e inconfesados.

Resumo: O Direito Internacional encontra-se cada vez mais em situação insegura diante da fabricação de armas de guerra por grandes países. A violência, as guerras que surgiram não garantem a paz e a tranquilidade que buscamos, pelas quais as Organizações Internacionais perdem a razão de ser. Mesmo assim, os princípios jurídicos internacionais não se aplicam tanto em tempos de “paz” como em tempos de conflito armado e a vida humana está em perpétua ameaça ou permanece sem valor aos olhos dos protagonistas das relações internacionais que continuam defendendo seus direitos. e interesses não confessados.

Mots-clés: Droit International, Guerre, Éthique, Vie humaine, Armes.

Palabras clave: Derecho internacional, Guerra, Ética, Vida humana, Armas.

Palavras-chave: Direito internacional, Guerra, Ética, Vida humana, Armas.

1. INTRODUCTION

Au moment où il doit agir au détriment de l’existence de l’autre ou même contre les intérêts d’un groupe, ou même encore de son environnement, l’être humain se révèle plus destructeur que jamais. Et, cette propension ne serait pas moins différente s’il s’agissait de se faire lui-même du mal.

Plusieurs faits prouvent ce comportement néfaste de l’homme, soit depuis les premiers pas de sa naissance ou soit depuis le début de sa création. Nous pouvons considérer par exemple le cas d’un enfant qui, à peine capable de faire ses premiers pas, se veut très apte de tout détruire sur son passage – Dans le jardin d’Eden, Caïn n’avait jamais eu peur de mettre fin à la vie de son frère Abel. Ainsi voit-on que l’homme, pour affirmer son appartenance et son identité ou défendre son idéologie, met tout en oeuvre afin d’y parvenir. C’est dans cette optique qu’il s’est lui-même fixé des règles au fil du temps, fût-ce de nature morale ou juridique, sociale ou politique, en vue, non seulement de banir cette pulsion rétrograde, mais aussi et surtout de créer une société basée sur des idéaux de paix, de progrès et de bien-être pour tous: *jubi jus, ubi societas!*

Pour mieux s’organiser autour d’un cadre normatif efficace et juste, les sociétés humaines ont dû connaître des moments de convulsion et de décadence mettant en danger l’avenir des générations à venir. Car, les systèmes politiques conçus à cet effet sont toujours teintés d’égoïsme et caractérisés par une tendance réactionnaire, et donc identitaire. Rappelons-nous bien la féodalité, la monarchie, l’esclavage et plus près de nous le néocolonialisme. Ce

dernier s'explique par des méthodes d'influence et de domination qui, elles, sont menées par une politique impérialiste: aucune de ces idéologies n'est faite pour une société sans souffrance ou sans domination des uns des autres.

Alors, dans les relations entre les États, l'histoire nous montre que les plus forts dominent les plus faibles. Même si le monde international a des caractéristiques qui lui sont propres et se diffère ainsi de tout autre entité parce qu'il évolue suivant la capacité d'échange de chacun, il n'en demeure pas moins vrai que la guerre, l'agression, l'invasion d'un État par un autre, etc, sont autant de crises n'assurant en rien l'égalité entre les différents membres ou composantes de cet espace interétatique. On dirait qu'aujourd'hui cela devient de plus en plus aiguë à mesure que l'on avance dans la globalisation où les barrières entre les peuples tendent à s'effondrer et où aussi le consumérisme et la technologie s'imposent comme moyen et finalité de l'économie moderne.

Il n'y a rien de différent entre l'invasion de l'Ukraine par la Russie en février de l'année en cours, celle de l'Algérie par la France en 1954 et la guerre du golfe menée par les États-Unis en mars 2003: des bombes, des missiles et des armes qui tuent. C'est le même marteau qui frappe, le drapeau impérialiste n'a fait que changer de couleur - c'est la perte de biens et de vies humaines, des enfants, des femmes enceintes, des handicapés et des anciens affaiblis, condamnés à mourir de leur belle mort. C'est donc les Droits de l'Homme qui disparaissent.

Tous ces faits questionnent le droit international et le mettent dans une impasse incertaine et sans issue, tenant compte de l'inapplication des principes et des normes régissant les rapports entre les États et de la prise en otage du juridique par le politique: il faut admettre que les accords ou traités internationaux passent toujours par un creuset politique où tout se discute, tout se planifie au profit de tous, mais dont l'application fait toujours l'affaire des grandes puissances. D'où la dynamique des rapports de force, l'inégalité entre les États, même avec la création des Organisations Internationales, instituées aux fins de trouver l'équilibre et la paix dans les relations entre les membres. Ce qui reste encore un idéal chimérique dans les yeux des pays moins développés et des doctrinaires qui pensent que les miettes laissées par les grands pays et tombées dans les assiettes des sous-développés se rassemblent à nouveau en un "tout pour tous" et sont réservées pour satisfaire la satiété des géants. C'est en ce sens Pierre HASSNER en a posé la question "Qui nous protégera de nos protecteurs?".

Les Deux Grandes Guerres Mondiales ne surviennent pas à partir d'accords internationaux, si non des décisions politiques des uns et des autres pays occidentaux qui, pour défendre leurs intérêts et ceux de leurs alliés, font usage de leurs armes les plus meurtrières, détruisant ainsi la vie de milliers de gens.

En effet, la fabrication et la vente des armes, dont les unes sont plus sophistiquées encore que les autres, ne sont pas une pratique inoffensive dans la posture des pays fabricants et dans les différends les opposant. Au cours de la guerre froide, les spectres idéologiques mis au service des

gouvernements des pays pauvres s'articulent autour des mouvances politiques de nature à maintenir les peuples dans l'angoisse pendant plusieurs décennies. Pour ce faire, la coopération entre les alliés et l'acquisition des armes ne sont pas une stratégie inopérante pour les blocs capitaliste et socialiste. C'est une course vers la fabrication et l'exposition aux plus modernes des armements, c'est une course aux conflits armés, donc à la destruction de l'humanité. L'installation des missiles pendant la guerre froide à Cuba par l'Union Soviétique et en Allemagne de l'Ouest par les États-Unis est un exemple probant de ce bras de fer. Et ce, malgré l'esprit de la Charte des Nations Unies et les garanties de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1948: la paix entre les États et le droit à la vie pour les familles humaines.

Il faut dire que l'arme à feu, quels qu'aient été sa taille, sa portée ou son modèle, elle n'a d'autre objectif que celui de TUER/DÉTRUIRE. Donc de près comme de loin, si sa fabrication est lucrative, sa possession ou son utilisation est pernicieuse. L'humanité est constamment menacée depuis son apparition dans la vie quotidienne des sociétés humaines. Les Organisations des Droits de l'Homme ne cessent d'élever leur voix pour une éventuelle régularisation de ce commerce. Il a fallu alors attendre jusqu'en 2001 avec l'adoption de la Convention et le Protocole sur les armes à feu par l'Assemblée Générale de l'ONU et en 2013 pour voir les premiers efforts dans le domaine: le Traité sur le commerce des armes (TCA) par les Nations Unies dont les objectifs sont entre autres de prévenir et éliminer le commerce illicite d'armes conventionnelles et empêcher le détournement de ces armes – Instituer des normes internationales concernant l'importation, l'exportation et le transfert d'armes conventionnelles et de munitions – Empêcher que les États parties n'autorisent de transfert d'armes s'ils savent que ces armes pourraient servir à commettre un génocide, des crimes contre l'humanité, des attaques dirigées contre des civils ou d'autres crimes de guerre. Malgré tout, sa prolifération prend une ampleur considérable et quantitativement inestimable sur le marché. *“Les armes circulent dans le monde entier, bien au-delà des zones de conflit. Cette prolifération est la cause directe de nombreuses violences: homicide, torture, viols, arrestations arbitraires, atteintes à la liberté de manifester et même de s'exprimer. Les données de ce marché restent opaques, mais on estime que la vente d'armes classiques, autres que nucléaires, chimiques ou biologiques, représente un volume de 80 milliards d'euros par an. Près de 500.000 personnes sont tuées chaque années par arme à feu que ce soit ou non en temps de conflit. Car les violences liées à l'utilisation des armes sont multiformes”*¹, selon Banque Mondiale.

Dans son Budget annuel de 2022, la France a consacré plus de 40 milliards d'euros au Ministère de la Défense français, soit une augmentation de 1,7 milliards d'euros par rapport à 2021. Et en 2020, les dépenses militaires

¹BANQUE MONDIALE. *Investir dans l'individu pour renforcer le capital humain*. 3 Août 2018. Disponible sur :< <https://www.banquemondiale.org/fr/news/immersive-story/2018/08/03/investing-in-people-to-build-human-capital>>

de la Russie étaient 10 fois supérieures à celles de l'Ukraine, selon une étude de Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). La Russie a consacré 61 milliards en dépenses militaires contre 5,9 milliards pour l'Ukraine. Pour l'année en cours, les Etats-Unis alloue à son armée 777,7 milliards de dollars américains, un montant équivalant au montant total combiné des onze autres pays qui le suivent en termes de dépenses militaires². Ce qui permet aux américains de conserver la tête du classement des plus grandes puissances militaires, devant la Russie qui est en deuxième position et la France en septième, selon GLOBAL FIRE POWER. Donc, ce sont des sommes colossales investies pour la défense de "on ne sait quoi", si ce n'est pour se procurer d'armements, pour faire la guerre.

Pourtant, les investissements tendant à améliorer les indices de développement humain et à assurer le développement durable restent très limités: les fléaux de la malnutrition, de la famine, d'analphabétisme, de pollution et de la crise climatique sont loin de se voir éradiqués.

L'idée de vivre en équilibre avec la planète dans un monde plus équitable semble une utopie à bien des égards. *"Près d'un quart des enfants de moins de cinq ans souffrent de malnutrition et 60% des élèves du primaire n'atteignent pas les niveaux de compétences minimales au cours de leur apprentissage. D'ailleurs, plus de 260 millions d'enfants et de jeunes dans les pays pauvres ne sont pas scolarisés"*³. Tout ceci constitue un ensemble de défis auxquels les gouvernements doivent faire face et que les ARMES et les GUERRES ne pourront certainement pas relever.

Donc, ni le Droit, ni l'éthique ne trouvent leur compte dans la philosophie politique des protagonistes, appelés paradoxalement à protéger la vie humaine, à orienter les sociétés vers une éducation pour la paix. La négation de l'application de ces valeurs ou de ces idées principales ne fait que remettre en question les efforts consentis pour parvenir à un minimum de bien-être de l'homme et prouve ainsi le degré d'animosité caché en chacun de nous: une personne détentrice d'une arme (à feu), un groupe armé et/ou une super puissance en armes (biologiques, chimiques ou nucléaire, etc.) ne seraient pas moins enclin à recourir à son/leur(s) engin(s) pour résoudre ses/leurs controverses avec les autres que d'utiliser l'arme de la dialectique.

Pour que lumière soit faite sur ces approches combien pertinentes à nos yeux, nous allons passer en revue l'élément de base ou le noyau du Droit International qu'est la « volonté des États » (2) – Puis nous verrons ce qui reste d'«éthique» à l'humanité aux moments de guerre entre les États (3).

² CLICHE, Ivan. Rapport du Centre d'Études et de Recherches Internationales de Montréal. Montréal: CÉRIUM, 2022.

³ AMNESTY INTERNATIONAL FRANCE. *Chaque jour, des atrocités sont commises à cause des armes. Encadrer leur commerce est indispensable*. France/Paris. Disponible sur: < <https://www.amnesty.fr/controle-des-armes> >

2. LA “VOLONTÉ” DES ÉTATS DANS L’ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL

La formation classique du Droit International est, avant tout, d’ordre étatique, c’est-à-dire que l’État souverain y joue un rôle prépondérant, se trouvant ainsi chevauché sur deux régimes juridiques différents, dont l’un peut compléter l’autre dans une mesure très définitivement moindre. Suivant ce cas de figure, la création et le respect d’un cadre normatif préalable est nécessaire pour le progrès des relations entre les États. Ainsi apparaît la “volonté de chacun” comme moteur devant mettre en marche le fonctionnement de cette branche juridique. Une volonté qui n’est pas toujours fiable parce que derrière elle se cachent parfois des réserves et/ou des manoeuvres politiques pour la conservation d’intérêts inavoués et inavouables. Derrière cette volonté, la souveraineté des pays sous-développés importe peu et les États forts y imposent leur influence. Derrière cette volonté, il est aussi imposible pour les États faibles de faire valoir leurs droits. Ceci a toujours été ainsi dans toute l’histoire de l’évolution des relations internationales, formant ainsi les caractères du Droit International, lequel vise à rassembler non seulement les intérêts individuels et collectifs, mais aussi les intérêts particuliers et généraux pour donner deux grandes structures relationnelle (bilatérale) et institutionnelle (multilatérale). Alors, « *...Si le Droit International est fondé uniquement sur la volonté des États et ceux-ci ont pour nature et pour devoir de ne tenir leurs engagements que tant qu’ils correspondent à leurs intérêts – s’il n’y a ni loi universelle ni arbitre pour la faire respecter en sanctionnant ceux qui la violent, à quoi servent les jurisconsultes, sinon à donner des alibis juridiques aux calculs des puissants et à une situation qui est la négation même du droit?⁴*», Ainsi parle Alexis Philonenko.

Tout ceci étant, la volonté des États devient déterminante pour faire avancer le Droit International, c’est le point de départ de l’application des normes établies entre les États, duquel ces derniers doivent partir pour arriver à une vraie communauté internationale.

Pourtant, ils ne parviennent pas toujours à s’en servir pour créer des normes ou institutions fortes, destinées à faire appliquer le droit international. A contrario, ils veulent plutôt faire fi de ce principe et d’autres encore pour le respect desquels ils se sont préalablement engagés. Cette pratique met en otage le Droit International parce que les grandes puissances ne font que passer outre à la souveraineté des États faibles pour s’occuper de leurs intérêts (a), ils vont même jusqu’à s’immiscer dans les affaires politiques internes de ces derniers pour leur imposer ce qui ne leur convient pas vraiment, ne leur ayant pas laissé leur droit de décider d’eux-même (b), comme il est prévu dans la Charte de l’ONU. Un tel comportement conduit

⁴ PHILONENKO, Alexis. *Essai sur la philosophie de la guerre*. Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 2003 et HASSNER, Pierre. «Guerre et Paix » A : Dictionnaire de philosophie politique, PUF, 2005.

très souvent à des actes réprochables à ces États forts dans le cadre normatif du Droit International, mais que le Droit International lui-même ne parvient facilement à faire appliquer (c).

a) Souveraineté pour les uns, caprices pour les autres

Tous les États composant le monde international sont souverains et sont sensés doter de pouvoirs leur permettant de s'engager équitablement les uns envers les autres: l'une des conditions *sine qua non* pour être reconnus en tant que tels.

En effet, la création de l'État peut se faire de plusieurs manières suivant les conditions spatio-temporelles que cela implique, c'est-à-dire des conditions découlant de la philosophie politique internationale d'alors dessinée au-delà des frontières des États existants. Ainsi avons-nous des États qui sont créés par découverte (les États du continent américain), par la guerre (procédé de plus en plus inapplicable aujourd'hui), par cession (cession du Pakistan Oriental aboutissant à la création du Bangladesh), par la réunification de deux États (réunification de l'Allemagne de l'Est avec l'Allemagne de l'Ouest) ou par dissolution (dissolution de l'URSS créant ainsi les États de l'Europe de l'Est). Voilà de quoi est fait ce monde international, d'États issus des capacités d'autres États, lesquels se mettent d'accord sur un ensemble de règles afin de définir ou maintenir leurs rapports, qui ne se développent pas toujours de manière équitable. À cela s'ajoute la reconnaissance de l'État qui est plutôt politique ou déclarative que constitutive. Un État peut reconnaître l'autre dès qu'il existe d'accords (bilatéraux) entre les deux, en se faisant représenter par un ambassadeur.

Les États forts s'imposent sur la scène internationale ou influencent leurs relations avec les autres de par leurs capacités économiques et techniques à prendre des mesures en leurs profits, ou à venir en aide à d'autres États à un moment bien précis. Ce sont, très souvent, des anciens pays colonisateurs gardant leurs rapports avec les anciennes colonies et d'autres pays dits "sous-développés". C'est ce qu'on appelle en matière de coopération internationale "relation Nord-Sud". Mais la réversibilité n'étant pas toujours vraie, cela crée une espèce de déséquilibre dans ladite relation. Autrement dit, puisque les pays du Sud n'ont pas vraiment les moyens pouvant assurer une telle réciprocité au besoin des pays du Nord, cela devient un "alibi" non justifié pour que ceux-ci s'immiscent dans les affaires internes des premiers, mettant en jeu leur souveraineté et ignorant ainsi l'esprit de la Charte des Nations-Unies, selon lequel l'égalité souveraine est le principe clé pour parvenir à maintenir la paix et la sécurité entre les États membres de l'Organisation (art. 2-1). Les pays de l'Afrique, de l'Amérique Latine et des Caraïbes y font face au jour le jour et en souffrent les conséquences dans la fragilité de leurs institutions politiques et la faiblesse de leur système économique. Cela y crée donc une situation de dépendance et favorise l'immixtion des grandes puissances qui se considèrent comme des « États-sauveurs » et dont les pays sus-mentionnés ne peuvent malheureusement pas se passer.

b) Le droit des peuples à disposer d'eux-même

Ce principe du Droit International, appelé aussi "droit à l'autodétermination", a soulevé dans le temps énormément de controverses depuis la Société Des Nations (SDN), après la Première Guerre Mondiale, jusque même après la Charte des Nations Unies de 1945.

Il s'agit du principe selon lequel chaque peuple a le droit de choisir/déterminer librement et souverainement son régime politique, indépendamment de toute immixtion ou influence étrangère. Sa mise en application par les protagonistes n'a pas été, ironie du sort, facile, car elle butait sur des intérêts des anciennes puissances colonisatrices. Ainsi a-t-on vu se dérouler des luttes acharnées menées par les peuples colonisés aux fins de recouvrer la pleine jouissance de ce droit jusqu'à partir des années 60, en conduisant surtout les pays africains à leur indépendance. Donc, l'épanouissement de ces nouveaux États ne fait qu'agrandir la famille onusienne, à côté de la dissolution des pays de l'Europe de l'Est qui, eux aussi, ont connu par la suite le même sort après la fin de la guerre froide au cours de la dernière décennie du siècle dernier.

L'ingérence des grandes puissances dans les affaires politiques et économiques des pays sous-développés ou de ces nouveaux États devient monnaie courante dans les relations internationales et provoque conséquemment des situations d'instabilité interminable au sein de ces derniers. Car il y va très souvent, pour les impérialistes, d'y conserver ou d'y exercer leurs forces dans un contexte géopolitique meurtrier pour les pays pauvres. Pour preuve, nous avons l'invasion actuelle de l'Ukraine par la Russie, laquelle s'oppose catégoriquement au projet ukrainien de faire partie à l'Organisation Traitée Atlantique Nord (OTAN), sous prétexte qu'une telle adhésion peut mettre en danger la souveraineté et la sécurité de la fédération russe. Ainsi s'est-elle livrée à une guerre « injustifiée » contre l'État ukrainien, causant la mort de milliers d'innocents. Plusieurs familles ont dû aller se réfugier dans les pays voisins et d'autres, rendre leurs derniers soupirs sous les décombres des édifices effondrés.

c) Un droit sans force réelle de coercition

Le Droit International, à l'instar du droit interne et ce, en quête de l'idéal de paix et de sécurité pour tous, vise à régler le comportement de ses sujets sous peine de sanctions. Pour ce faire, il institue des normes et des instances qui suivent le cours de l'évolution du monde international, allant jusqu'à personnaliser les auteurs des actes incriminatoires aux yeux des autorités internationales. Mais il laisse aussi le champ libre aux États qui le veulent, contrairement au droit interne dont les mesures prises sont *erga omnes*, de ne pas s'y engager si cela ne va pas bon train avec leurs intérêts.

Donc, si "*le Droit International ne nous conduit pas au paradis, il nous évite par contre d'aller en enfer*", dirait l'autre: il a tout prévu pour

qu'effectivement règne la paix entre les nations, pour que les comportements de ces dernières soient différents de ce qu'ils étaient il y a cent ans déjà. Mais, la volonté politique des États forts s'enfouit dans l'égoïsme et l'hypocrisie - les grandes puissances vont dans le sens contraire des objectifs humanistes qu'ils se sont fixés de commun accord avec le reste des autres États, pourvu qu'ils veuillent défendre leurs intérêts. Et, quiconque s'engage ainsi sur la scène internationale et ne respecte pas les normes, devrait répondre aux conséquences de ses actes, purgeant ainsi la peine prévue à cet effet: que ce soit devant la Cour Internationale de justice, s'il s'agit de conflit entre États (Charte des Nations Unies), ou que ce soit devant la Cour Pénale Internationale en cas de génocide, crime de Lèse humanité et autres (Statut de Rome).

Il n'est toutefois jamais question de voir la mise en branle d'une procédure contre les pays occidentaux pour un fait ou un acte à eux reproché dans le Droit International. Les instances internationales créées à cet effet n'ont pas assez de force politique pour arriver à une telle prouesse. D'ailleurs observe-t-on avec surprise la non adhésion des États-Unis, de la Russie et autres États influents sur la scène internationale au Statut de Rome de 1998.

Alors, on voit que la volonté des États dans le Droit International est important pour l'évolution de celui-ci, mais son usage en constitue paradoxalement un blocage, car il est affublé d'un double caractère d'*action* ou d'*omission* qui facilite à certains États de ne pas s'engager ou, s'ils le font, de ne pas respecter ce qu'ils ont signé. Et ce, au détriment des intérêts des pays moins développés, des normes préalablement instituées et des vies humaines. Quand ils ne jouent pas à l'hypocrisie en défendant leurs intérêts, ils recourent à la guerre pour imposer leurs forces.

3. LA GUERRE ET L'ÉTHIQUE

Une guerre résulte avant tout d'une confrontation d'idées ou de désirs pulsionnels et d'actions. Elle peut venir de deux ou plusieurs sources distinctes dont chacune cherche à s'imposer les unes sur les autres, créant ainsi une sorte d'opposition, de rivalité ou d'hostilité entre elles.

Les sources d'une opposition peuvent être aussi de différents ordres, même d'objets inanimés : l'on observe à bon escient l'antagonisme créé entre les pôles positif et négatif de deux aimans au moment de produire du champ magnétique extérieur. Et, quand il s'agit d'individus devant administrer le leur, cela s'avère encore plus rude : ils s'arment et ils s'entretuent. C'est « la raison du plus fort... ».

Plus loin, l'État, étant une fiction juridique composée d'individus agissant pour son compte, ne sera pas exempt de scènes d'oppositions farouches, de guerres d'idéologies, de conflits armés, etc. Ces derniers peuvent se dérouler au sein d'un État entre groupes armés ou entre un groupe armé et l'État lui-même (Conflit Armé Interne, CAIN) – entre groupes armés internationaux ou entre deux États (Conflit Armé International, CAI).

Au cours des guerres, les adversaires luttent à une seule fin, celle de faire valoir leur volonté ou de faire triompher leur vision des choses. Pour ce faire, ils recourent à la force qui, elle, se traduit par l'utilisation d'armes ou d'autres engins lourds qui détruisent la vie des combattants et même des civils/innocents. Ce sur quoi ils ne peuvent pas se mettre d'accord par la persuasion, entre autres le dialogue ou la négociation, ils le résolvent par la guerre entraînant la perte de vies humaines. En témoigne la guerre opposant l'Ukraine et la Russie, les efforts diplomatiques la précédant n'ont pas pu apporter fruits afin d'éviter des offensives russes à Marioupol, Irpin et dans d'autres villes du pays agressé: plus de trois cents personnes sont torturées et assassinées à Boutcha par les russes avant de quitter la ville, au nord de Kiev.

À s'en tenir aux énigmes gravitant autour de la vie de l'homme, doté d'une intelligence beaucoup plus supérieure à celle des autres êtres vivants, l'on est unanime à admettre qu'il s'agit de quelque chose de sacré qu'il faut préserver en tout temps et pour toujours. Donc, la détruire, peu importe la façon, relève d'un geste non-éthique, si par éthique on peut entendre par l'étude de ce qui est moralement bien ou mal, juste ou injuste. Dans le cadre de ce travail, nous n'allons pas aborder le concept « éthique » tel qu'il a été défini dans la philosophie kantienne, c'est-à-dire basée sur des croyances religieuses, ni même à partir de la morale de Nietzsche, celle-ci étant composée de pensées très complexes pour son aphorisme. Nous préférons l'analyser à partir d'un contexte beaucoup plus transcendantal, c'est-à-dire comme étant une morale qui va au-delà des autres morales sans se limiter moralement. Universalité! D'où la place de l'éthique des Droits de l'Homme qui ne se limite pas à une morale, mais à toutes les morales, de quelle que nature que ce soit et où que ce soit, pourvu qu'il s'agisse du bien-être et de la vie humains.

L'on n'est pas sans savoir que les dernières époques à laquelle nous vivons sont émaillées d'oeuvres éthiques allant de paire à l'idée que nous exposons dans nos analyses. Mais nous ne voulons, à ce titre, en retenir que deux : la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, l'une des oeuvres les plus complètes que l'humanité n'ait jamais connues et qui doit être appliquée en temps de paix (a) – Les Conventions de Genève qui sont aussi faites d'essence d'éthique et qui s'émergent en temps de guerre (b). En dernier ressort, nous reviserons les engagements de l'ONU depuis sa création dans des processus de désarmement et de contrôle de fabrication d'armes de destruction massive, afin d'y enlever ce qu'il en est d'éthique (c).

a) La Déclaration Universelle des droits de l'Homme

Après la Deuxième Guerre Mondiale et la création de l'Organisation des Nations Unies en 1945, les États membres se voient dans l'obligation d'oeuvrer non seulement pour la paix et la sécurité entre eux, mais aussi pour la protection de la vie de l'homme, sans exception de race, de couleur,

d'origine, de sexe, d'âge, etc. Donc, il leur faut un « écrit » leur servant de guide vers « l'universel », vers l'éthique – Un « écrit » qui leur montre le chemin par où passer pour trouver le bonheur pour les peuples – Un « écrit » qui lutte contre la souffrance de l'homme par l'homme : ainsi est adoptée la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. Toutes les tendances politiques et économiques, tous les grands projets sociaux et culturels, tous les systèmes juridiques et moraux y trouvent leur compte. Rien du bien-être de l'homme n'y est exclu!

La Déclaration Universelle se veut une œuvre sans précédent visant à attaquer de plein fouet les différentes souffrances infligées à l'homme à travers le temps et l'espace, en proposant des éléments de solution durable pour le bien-être de tous et de toutes. Elle représente ainsi un acte révolutionnant les visions de la communauté internationale et les conceptions abusives de l'homme au détriment de son semblable. A partir de l'adoption de la Déclaration, on sent que les nations veulent toutes conjuguer leurs efforts pour une seule et même cause, celle de parvenir au plein respect de la dignité humaine en laissant derrière elles leurs intérêts respectifs dont elles pourraient bénéficier au détriment du bonheur de l'être humain. Voilà pourquoi René Cassin parle en ce sens : « *La Déclaration Universelle représente le premier manifeste, le premier mouvement d'ordre éthique que l'humanité organisée n'ait jamais adopté*⁵ ».

Considérant qu'elle n'est qu'une simple recommandation et que les valeurs qu'elle défend n'étant issue d'aucune coutume préalable entre les Etats, voire de principes du droit international jusqu'à la seconde guerre, l'influence juridique de la Déclaration Universelle consiste à faire prendre conscience aux États sur la nécessité de préserver la vie des êtres humains, de protéger et de garantir les droits fondamentaux dans leur système juridique respectif.

Avec elle, le droit international a pris alors une autre direction où la protection de la vie humaine représente un point de mire, le principal objectif à atteindre. Pour y parvenir, les sujets de ce droit, donc les Etats et/ou les organisations internationales, doivent y participer chacun à sa façon mais pour le même but, celui de limiter « les souffrances de l'homme » à travers le temps et redéfinir les rapports que ce dernier établit avec son altérité. Elle devient ainsi une œuvre éthique mais ayant des conséquences juridiques dans l'ordre international. De son préambule, en passant par les tous premiers articles jusqu'au dernier, le texte de 1948 est présent et s'impose, ne serait-ce que moralement, sur les actes juridiques internationaux et internes. A chacune de ses dispositions une convention, un droit ou une liberté y est découlée, édictée, garantie ou protégée.

Donc, les Etats formant partie de la communauté internationale se

⁵ Lors de la cérémonie de la réception du prix Nobel en 1968, cours à distance « ÉTHIQUE DES DROITS DE L'HOMME », Université de Nantes, 2007. AGI, Marc. « Batir la cité humaine ».

sont engagés depuis plus de soixante-dix ans au processus pour le respect des droits de l'Homme. Ces engagements se manifestent d'abord dans les Conventions ou autres actes internationaux et, ensuite dans la Carta Magna et les lois ordinaires en droit interne. Alors, si la Déclaration se veut un texte moral, universel et international, une boussole pour les Etats - les Conventions internationales, entre autres, constituent le moteur mettant en marche tous les systèmes de protection des droits de l'Homme et un guide protégeant l'homme à travers le temps et l'espace, en définissant les limites du pouvoir par rapport aux droits et libertés des citoyens, et le comportement de ces derniers vis-à-vis du pouvoir.

b) Les Conventions de Genève

En temps de guerre règne l'empire des armes, la vie humaine importe très peu et l'éthique disparaît. Et avec elle, les Droits de l'Homme aussi. Pourtant, l'on pourrait faire mieux. Si pour Louis-Jean CALVET, « *la violence est la grande accoucheuse de l'histoire*⁶ », pour nous autres, elle n'accouche pas seulement à l'histoire, mais aussi au droit. La première approche nous renvoie au passé et la seconde aux temps à venir. Car, c'est à partir du fait délictueux commis par le délinquant que le législateur édicte des lois afin de protéger le corps social – C'est à partir de l'agression d'un État ou des États que les protagonistes internationaux vont se mettre d'accord sur un ensemble de normes réglant leurs agirs dans des circonstances bien déterminées, et même pendant la guerre : les soldats blessés, malades, capturés, naufragés et les civils doivent tous bénéficier d'une meilleure défense contre les actes de barbarie de la guerre. D'où ce à quoi tendent les Conventions de Genève.

Les Conventions de Genève ne sont pas ce qu'elles sont aujourd'hui à partir d'un processus « éclair », c'est-à-dire une oeuvre réalisée du jour au lendemain, comme un coup de tonnerre dans un ciel serein. Non ! Elles ont été l'objet de modifications à chaque fois que le monde international vivait des guerres et des tensions, les pays connaissaient des conflits armés internes.

Elles sont au nombre de quatre versions, dont la première remonte à l'année 1864, après la bataille de Solferino (Italie), sous l'influence de l'activiste suisse Henry Dunant. Cette première oeuvre vise à l'amélioration des conditions des blessés aux armées sur le champ de bataille. Quelques temps après, soit tout au début du XX^e. Siècle, en 1906 la première convention souffre une modification pour élargir son champ d'application au profit des naufragés en mer lors d'une guerre maritime. En 1929, une troisième modification est portée aux deux premières conventions, cette fois pour l'amélioration du traitement des prisonniers de guerre, tenant compte des atrocités survenues au cours de la première guerre mondiale. Et la quatrième

⁶ CALVET, Louis-Jean. LA GUERRE DES LANGUES ET LES POLITIQUES LINGUISTIQUES, Hachette Littérature, ed. 1, Paris/France, 1999, p. 10.

convention de 1949 vise à protéger les civils en temps de guerre, vu que la seconde grande guerre en a fait autant de victimes. À ces quatre documents s'ajoutent les trois protocoles additionnels qui sont adoptés en 1977 et 2005 afin de renforcer la protection octroyée aux victimes des conflits armés internes et internationaux (protocoles I et II) et adopter le nouvel emblème du «Cristal rouge» (protocole III), supposé plus universel pour la société internationale.

Comme l'on a pu voir au cours de notre exposé, les conventions de Genève sont des documents à essence d'éthique: le respect de la vie des gens sont pris en compte sur toute la ligne. « *Ces traités fondamentaux procèdent tous du respect de la personne humaine et de sa dignité ; ils consacrent le principe de l'aide désintéressée et donnée sans discrimination à la victime, à l'homme qui, blessé; prisonnier ou naufragé, désormais sans défense, n'est plus un ennemi mais seulement un être qui souffre* »⁷.

En outre, nous tenons à préciser que les quatre conventions sont séparément révisées en 1949 pour se faire adopter à nouveau comme un tout, sous l'appellation de «Conventions de Genève de 1949». Lorsque ces conventions et le protocole additionnel de 1977 sont mis en application, on parle de Droit International Humanitaire ou Droit de Genève, ou encore de droit de la guerre/*Jus in bello*. C'est à ce moment-là que sont prises en compte les normes visant à protéger les civils et les ex combattants et celles régissant le déroulement des hostilités (droit de la Haye). Donc, on peut voir que le droit International Humanitaire est la mise en branle de la double branche juridique du Droit de Genève et du Droit de la Haye.

Tout ceci étant, si la Déclaration Universelle de 1948 est adoptée pour protéger la vie en temps de paix, les Conventions de Genève de 1949, elles, surviennent pour faire le même travail en temps de conflits armés. Dans les deux textes, TUEP n'est pas de mise, le respect de la personne humaine est debout, l'éthique devient donc la ligne transversale de toutes les actions à entreprendre.

c) L'ONU et les processus de désarmement

Un simple parcours à travers la Charte des Nations Unies permet de comprendre à première vue les objectifs premiers de l'organisation : oeuvrer pour la préservation de la vie des générations à venir et pour le maintien de la paix et la sécurité entre ses membres. Ce qui veut dire en fait que le désarmement et la limitation des armements doivent être au centre des actions qu'elle aura à mener. D'où pour elle la priorité de réduire la fabrication de toutes armes qui font des menaces constantes sur l'avenir de l'humanité. Quitte à ce que les grandes puissances, elles, ne cessent de proliférer leurs capacités en armes et autres engins belliqueux.

Les actions de l'ONU à cet effet s'articulent sur deux axes principaux :

⁷ COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE/CICR : « *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*. Suisse- Genève, p. 1, 1949. Disponible sur: <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/icrc_001_0173.pdf>

l'un de nature normative et l'autre, opératoire. Ainsi a-t-elle adopté, entre autres, depuis le déclenchement de ces processus la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (1997) – la Convention sur les armes à sous-munition (2008) – la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination – le Traité sur le commerce des armes (2013) – le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires – le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (1996, mais non encore en vigueur) – la Convention sur les armes biologiques (1972) – La Convention sur les armes chimiques (1993) – la Convention sur l'interdiction ou la restriction de l'emploi de certaines armes classiques (1980). Parallèlement, elle a créé des institutions traitant des questions de désarmement comme le Bureau des Nations Unies des Affaires de Désarmement (UNODA) – la Commission du désarmement de l'Organisation des Nations Unies – le Conseil consultatif pour les questions de désarmement – L'Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR) – l'Agence Internationale de l'énergie atomique – l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (OTICE) – l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC) – le Service de la lutte antimines de l'ONU (UMNAS). Aussi a-t-elle retenu le 12 décembre comme journée internationale contre les essais nucléaires et pour l'élimination totale des armes nucléaires et d'autres dates encore, afin de faire prendre conscience sur l'importance des processus de désarmement auxquels s'est engagée l'organisation internationale des Nations Unies⁸.

Alors, la volonté d'oeuvrer pour la paix et la sécurité est belle et bien là. L'Assemblée Générale et le Conseil de Sécurité le prouvent à travers différentes actions prises par elles tendant à protéger la vie de toutes et de tous. Mais malheureusement, ces efforts ne peuvent pas encore montrer leur efficacité éthique, compte tenu du fait que l'organisation se trouve empêtrée dans un cercle vicieux, mis en place par les acteurs ou les tenants du Droit International où, très souvent, l'état de fait prime sur l'état de droit.

4. CONCLUSION

Nous avons parcouru jusqu'ici plusieurs sentiers, en quête d'idées universelles pouvant nous aider à prendre en main notre destin, en édictant des normes pour nos comportements envers les autres dans le corps social en général.

L'altérité dont il est ici question devra nous conduire à une prise de conscience généralisée, de plus en plus difficile à atteindre, croyant que tout

⁸ ORGANISATION DES NATIONS UNIES. *Unies, paix, dignité et égalité sur une planète saine*, disponible sur : <https://www.un.org/fr/global-issues/disarmament>

est soluble dans le *juridisme*. Alors qu'une plus large empathie des uns et des autres pourra bien faire l'affaire et permettre de démarquer des pratiques niant les valeurs de l'autre, dans un monde où l'homme continue de s'ériger en son propre fossoyeur.

Nous sommes à l'heure de nous comprendre, les uns les autres, de dépasser les errements survenus entre nous et d'être à même de nous faire des propositions éthiques, à partir d'actions intelligentes ou rationnelles, afin d'éviter tout acte d'animosité de nature à nous détruire. Aussi devons-nous arrêter de recourir à la mouvance de vouloir subjuguier l'autre, comme si, par équivoque, la négation de l'autre nous conduira à notre grandeur ou à notre existence.

Si la famille est composée d'hommes, la société de familles, l'État d'institutions et de familles et le monde international d'États, il faut croire donc que nous sommes tous appelés à vivre ensemble et en harmonie, mais pas pour faire la guerre et nous tuer.

Nous ne devons pas emprunter le chemin des hostilités sans la moindre réflexion sur les conséquences qui en découlent, sans que l'éthique ne parvienne à faire le contre-poids sur la balance, où les conflits pèsent très lourdement, inclinant ainsi l'appareil au plus bas possible au détriment de l'existence même de l'homme.

La paix dont nous sommes en quête ne doit plus être des lettres mortes écrites sur du papier par un ensemble de rêveurs, devenant ainsi une chimère aux yeux des critiques, mais plutôt un idéal social plausible, dynamisé par des actions individuelles des uns et des autres, entre l'administration et les administrés ou entre les administrés eux-même.

Notre manière d'organiser la cité doit être le reflet fidèle d'une politique où tout le monde y trouve son compte, participant à son progrès et à son bonheur. Cela ne doit pas être l'oeuvre d'une personne ou d'un groupe, s'érigeant en maîtres et seigneurs, mais de toute la société dans toutes ses composantes, comme un jeu à sommes positives : une vraie démocratie, où les Droits de l'Homme sont au-dessus de tout.

Il faut souligner que l'arme que nous utilisons pour TUER l'autre n'est pas fabriquée par elle-même, mais par nous, qui devenons de plus en plus chevronnés en la matière - Les problèmes ou conflits auxquels nous sommes confrontés aujourd'hui ne nous viennent pas du ciel ou d'une force magique, mais de nos actions que nous devons désormais bien penser: nous devons agir avec raison, sans émotion ni passion qui peuvent nous conduire à une espèce de fanatisme, de fondamentalisme ou d'idéologie identitaire outrancière. L'universel doit ancrer dans notre manière de penser et d'agir afin que nous acceptions l'autre tel qu'il est dans ses faiblesses, tel qu'il est dans ses croyances et ses désirs éthiques, tel qu'il est dans son vouloir de contribuer à l'idéal de paix sociale, tel qu'il est dans ses valeurs et sa trimentionnalité humaines. C'est en partie ce que la Déclaration Universelle des Droits de

l'Homme veut inculquer à nous tous, notamment aux protagonistes des relations internationales ou, tout au moins, à ceux qui pensent le Droit International, bien appliqué aux petits pays, mais manipulé par l'égoïsme et la désobéissance des grandes puissances.

Et, il est aberrant de croire que les politiques de développement durable que nous élaborons puissent faire beau ménage avec la fabrication d'arme de destruction massive que nous perfectionnons au jour le jour. Nous devons cesser de nous mentir : ce sont deux actions qui se divergent dont chacune approche l'humanité de manière distincte. Si l'une entend suivre la *raison* pour la préserver, l'autre au contraire, veut l'anéantir à tout prix par la violence, les conflits et les armes. Chaque année des milliers de personnes sont mortes par arme à feu et les chiffres s'augmentent de plus en plus. Si ce n'est au cours de conflits armés, ce sont les causes de violence sociales qui dominent les données statistiques, surtout dans les pays fabricants d'armes (81.447 personnes sont tuées par arme à feu en 2020 dans le monde, selon une étude publiée sur le site de *NOTRE-PLANÈTE.INFO*⁹.

L'être humain se montrerait plus intelligent encore en cherchant à se connaître de plus en plus, à découvrir à chaque fois son environnement et à comprendre en profondeur la personnalité de son altérité.

Dans une guerre il n'y a ni perdant, ni gagnant, si non l'humanité qui est mise en déroute.

CONFLIT D'INTÉRÊTS

L'auteur déclare ne présenter aucun conflit d'intérêt dans la préparation de l'article.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

AGI, Marc. « Batir la cité humaine ». France : Université de Nantes, cours 2007.

AMNESTY INTERNATIONAL FRANCE. *Chaque jour, des atrocités sont commises à cause des armes. Encadrer leur commerce est indispensable*. France/Paris. Disponible sur: < <https://www.amnesty.fr/contrôle-des-armes>>

BANQUE MONDIALE. *Investir dans l'individu pour renforcer le capital humain*. 3 Août 2018. Disponible sur:<<https://www.banquemondiale.org/fr/news/immersive-story/2018/08/03/investing-in-people-to-build-human-capital>>

CALVET, Louiss-Jean. *La guerre des langues et les politiques linguistiques*. Paris : Hachette littérature, 1999.

⁹ NOTRE-PLANÈTE.INFO. Disponible sur:< <https://www.notre-planete.info/actualites/4378-causes-mortalite-monde>>

COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE/CICR : « *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*. Suisse- Genève, 222 p., 1949. Disponible sur :<https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/icrc_001_0173.pdf>

CLICHE, Ivan. Rapport du Centre d'Études et de Recherches Internationales de Montréal. Montréal: CÉRIUM, 2022.

HASSNER, Pierre. «Guerre et Paix » A : Dictionnaire de philosophie politique, PUF, 2005.

LEWIN, André. *L'ONU, pourquoi faire ?*. Paris : Découvertes Gallimard – Histoire. 1995.

NATIONS UNIES : Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948. Disponible sur:< <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>>

NATIONS UNIES. Charte des Nations Unies, 1945. Disponible sur:<<https://www.un.org/fr/about-us/un-charter>>

NATIONS UNIES. Paix, dignité et égalité sur une planète saine, 2019. Disponible sur: <<https://www.un.org/fr/>>

NOTRE-PLANÈTE.INFO. Disponible sur:< <https://www.notre-planete.info/actualites/4378-causes-mortalite-monde>>

PHILONENKO, Alexis. *Essai sur la philosophie de la guerre*. Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 2003.



International law, war and ethics

Abstract: International Law is increasingly in an insecure situation in the face of the manufacture of weapons of war by large countries. The violence, the wars that have arisen do not guarantee the peace and tranquility that we seek, for which the International Organizations lose their reason for being. Even so, international legal principles do not apply in times of “peace” as well as in times of armed conflict, and human life is in perpetual threat or remains worthless in the eyes of the protagonists of international relations who continue to defend their rights. unavowable and unconfessed interests.

Keywords: International law, War, Ethics, Human Life, Arms.

RÉSUMÉ BIOGRAPHIQUE


Josué Guillaume Jeaniton est Licencié en Droit de l'Université d'État d'Haïti, Diplôme Universitaire en Droits Économiques, Sociaux et Culturels, Institut

Interaméricain des Droits de l'Homme, San José de Costa Rica, Magistère de l'Université de Nantes, Spécialiste en Éducation, International Droit des droits de l'homme, par l'Institut international des droits de l'homme, Strasbourg/France, Spécialisation en résolution de conflits par l'Université Catholique d 'Asunción, Triple Master en droit international, droits de l'homme et coopération internationale par l'Institut européen Campus Stellae, Saint-Jacques-de-Compostelle, auteur de plusieurs publications de sa spécialité, conférencier international au Paraguay, en Uruguay et au Brésil.

Josué Guillaume Jeaniton, Licenciado en Derecho por la Universidad Estatal de Haití, Diploma académico en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Magister por Universidad de Nantes, Especialista en Educación, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por el Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo/Francia, Especialización En Resolución de Conflictos por la Universidad Católica de Asunción, Triple Máster en Derecho Internacional, Derechos Humanos y Cooperación Internacional por el Instituto Europeo Campus Stellae, Santiago de Compostela, autor de varias publicaciones de su especialidad, conferencista internacional en Paraguay, Uruguay y Brasil.

Privacidade e proteção de dados no contexto de fusões e aquisições transfronteiriças: a (possível) função cooperativa do direito concorrencial

Privacidad y protección de datos en el contexto de fusiones y adquisiciones transfronterizas: la (posible) función cooperativa del derecho de la competencia

Laura Mello dos Santos* 

*Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar as implicações do *big data* nos campos das fusões e aquisições e o direito concorrencial, sob perspectiva crítica e comparada. Primeiramente, realiza uma breve introdução ao tema, baseada na consulta a textos que logram situar o desenvolvimento do atual paradigma jurídico. Estuda, também, a atuação teórica da política antitruste em meio à era digital. Logo, traz uma análise comparativa de casos emblemáticos de fusões e aquisições sob a ótica de três autoridades antitruste diferentes (brasileira, estadunidense e europeia), imprescindível para a situação do panorama jurídico no âmbito internacional. Como resultado, conclui que a jurisprudência caminha em direção a uma atuação cooperativa entre os institutos, dentro de suas respectivas competências.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar las implicaciones del *big data* en el campo de las fusiones y adquisiciones y el derecho de la competencia, desde una perspectiva crítica y comparada. En primer lugar, realiza una breve introducción al tema, a partir de la consulta de textos que logran situar el desarrollo del paradigma jurídico actual. También estudia el desempeño teórico de la política antimonopolio en medio de la era digital. Por lo tanto, trae un análisis comparativo de casos emblemáticos de fusiones y adquisiciones desde la perspectiva de tres diferentes autoridades antimonopolio (brasileña, estadounidense y europea), esenciales para la

E-mail: lauramello@usp.br

Recibido: 27/09/2022. Aceptado: 24/10/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

situación del panorama legal en el ámbito internacional. En consecuencia, concluye que la jurisprudencia transita hacia una acción cooperativa entre los institutos, dentro de sus respectivas competencias.

Palavras-chave: Proteção de dados; Fusões e aquisições; Atos de concentração; Direitoconcorrencial; Política antitruste.

Palabras clave: Protección de datos; Fusiones y adquisiciones; Operaciones de concentración; Derecho de la competencia; Política antimonopolio.

1. INTRODUÇÃO

Uma questão bastante controversa na doutrina atual é se o estudo acerca dos efeitos de uma fusão sobre a privacidade do consumidor deve integrar a análise de atos de concentração envolvendo empresas de *big data*, quer dizer, empresas que atuam como coletoras e processadoras de dados no desenvolvimento de suas atividades.

Um forte argumento contra uma vigilância proativa das autoridades de concorrência em questões de proteção de dados é a grande lista de benefícios trazidos pelo *big data*. Por outro lado, os consumidores pagam entregando seus dados pessoais para usar serviços de preço zero fornecidos por empresas dominantes no mercado digital, justamente porque não têm alternativas viáveis. Também, vale apontar que tais empresas que se fundem com o intuito de extrair dados de seus consumidores teriam pouco incentivo para investir em política de privacidade, caso seus concorrentes não representem real ameaça ao seu faturamento. Com isso em mente, sem a atuação dos órgãos antitruste, empresas com forte poder de mercado não sofreriam pressões competitivas significativas o suficiente para disciplinar sua má conduta, o que possivelmente abre porta para uma possível cooperação entre os institutos.

Posiciona-se, aqui, no sentido de que a forma como essas informações pessoais são tratadas pelas empresas está se tornando uma questão de concorrência. No entanto, é de suma importância que seja considerado o intuito e propósito de cada instituto: enquanto o direito da concorrência, convencionalmente, se interessa pelos dados devido ao seu valor econômico, as regras de proteção de dados tratam dos direitos pessoais, mas não necessariamente abrangem o valor de mercado dos dados.

Assim, o artigo proposto se justifica na necessidade de contribuição para o debate em curso sobre a complexa relação entre o direito societário (especificamente no campo das fusões e aquisições), o direito concorrencial e a proteção de dados, visto que muitas das questões que serão levantadas no escopo da pesquisa se relacionam a aspectos regulatórios contemporâneos para o estudo do Direito. Examinar-se-á como as preocupações decorrentes do acúmulo de dados e da deterioração da proteção da privacidade podem ser relevantes para a análise da concorrência, especialmente no que diz respeito à revisão de atos de concentração. Finalmente, o presente artigo

almeja demonstrar que, com base na crescente atenção dedicada à interface da concorrência-privacidade, tanto pela academia quanto pelas principais autoridades de concorrência, observa-se uma clara necessidade de adequação da política antitruste no escopo do processo de M&A no contexto do mercado digital.

2. BIG DATA, PRIVACIDADE E OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

Com a denominada revolução da internet, a economia global está se tornando cada vez mais digital. Nesse contexto de transformação, destacam-se os setores econômicos movidos pelo uso de dados pessoais, os quais apresentam uma taxa de crescimento de 40% ao ano, ou seja, em torno de sete (7) vezes mais que o resto do mercado de TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação)¹.

Na época atual, os dados pessoais são passíveis de monetização, constituindo a contraprestação fornecida pelo consumidor em troca do acesso a diversas plataformas *online* aparentemente gratuitas, tais como o Google e o Facebook, que por sua vez utilizam-se dos dados coletados para o desenvolvimento e personalização de publicidade direcionada. Então, a partir da coleta, traça-se um perfil do usuário com base no seu padrão comportamental de navegação, produzindo um dado de extrema valia. Para melhor visualização, volta-se novamente ao exemplo do Google: os dados (relacionados às preferências pessoais do consumidor) obtidos por meio da oferta do serviço de busca aparentemente gratuito servem como insumo no mercado (de informações sobre as preferências do consumidor). O valor desses dados aumenta de forma proporcional em relação à vantagem que o Google possui de combinar informações de fontes diferentes para obtenção de uma vantagem competitiva no mercado *in casu*².

Como consequência desse novo modelo de relação econômica, a digitalização oferece um enorme potencial de melhorar a qualidade de vida das pessoas, além de indubitavelmente proporcionar inúmeros benefícios para os negócios. É inegável que o desenvolvimento socioeconômico está visceralmente relacionado ao domínio do elemento tecnológico e da inovação³. Em contrapartida, conforme a coleta e o tratamento de dados pessoais passam a assumir uma posição fundamental no modelo de negócios das empresas do setor da tecnologia, surgem questões importantes tanto em relação à proteção da privacidade do titular dos dados, quanto à iminente formação dos chamados *dadopólios*⁴.

1 COMISSÃO EUROPEIA. *Towards a thriving data-driven economy*. COM (2014) 442 final, July 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2z2v4f8z>>. Acesso em: 16 jul. 2022.

2 RUBINFELD, Daniel; GAL, Michal. "The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement". *NYU Law & Economics Research Paper Series*, Nova Iorque. 2016, vol. 80, n° 401, p. 8

3 TAVARES, André Ramos. "APP's e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil". *Revista de Direito Constitucional & Econômico*. jan-jun, 2019, n°1, p. 15.

4 STUCKE, Maurice E. "Should we be concerned about data-opolies?". *Georgetown Law Technology Review*, Washington. 2018, vol. 2.2, n°275, p. 275-324.

O termo, cunhado por Ariel Ezrachi e Maurice E. Stucke e originário da junção entre as palavras *monopólio* e *dados*, passou a ser amplamente utilizado nos meios econômico, acadêmico, político e jurídico, com a finalidade de aludir às plataformas digitais que possuem posição dominante no mercado e que detêm, de forma exclusiva, extensos e diversificados bancos de dados, os quais são dotados de informações de expressivo potencial econômico⁵.

De fato, há uma correlação direta o *big data*⁶ e posição de poder no mercado digital; contudo, vale ressaltar que não é a detenção de qualquer dado que permite a associação com o poder de mercado, devendo necessariamente “ser distinguida a categoria de dados de maior dificuldade para ser obtidos daqueles facilmente coletados”⁷. Dessarte, as plataformas em posição dominante coletam os dados com melhor qualidade e/ou quantidade que seus concorrentes, beneficiando-se dos custos marginais decrescentes da coleta e do tratamento dos dados em si⁸.

A própria formação de dados leva a uma importante consideração de que a ampliação da dominância das plataformas digitais não se origina apenas de características naturais, sociais e estruturais do mercado, mas também de atos de concentração potencialmente anticoncorrenciais, decorrentes da estratégia agressiva de aquisições em massa que as empresas incumbentes têm demonstrado nos últimos anos — a qual, aliás, traduz-se em expressivas 431 aquisições na última década⁹ — como forma de acesso e obtenção de bancos de dados de maior valor.

Roberto Pfeiffer acrescenta, nesse sentido, que o poder de mercado detido pelos dados leva a uma importante consideração de que a ampliação da dominância das plataformas digitais não se origina apenas de características naturais, sociais e estruturais do mercado, mas também de atos de concentração potencialmente anticoncorrenciais, decorrentes da estratégia agressiva de aquisições em massa que as empresas incumbentes têm demonstrado nos últimos anos — a qual, aliás, traduz-se em expressivas 431 aquisições na última década⁹ — como forma de acesso e obtenção de bancos de dados de maior valor.

Roberto Pfeiffer acrescenta, nesse sentido, que o poder de mercado detido pelos dados leva a uma importante consideração de que a ampliação da dominância das plataformas digitais não se origina apenas de características naturais, sociais e estruturais do mercado, mas também de atos de concentração potencialmente anticoncorrenciais, decorrentes da estratégia agressiva de aquisições em massa que as empresas incumbentes têm demonstrado nos últimos anos — a qual, aliás, traduz-se em expressivas 431 aquisições na última década⁹ — como forma de acesso e obtenção de bancos de dados de maior valor.

5 EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. «Distortions. How data-opolies are dissipating the Internet's potential». In: ROLNIK, Guy (editor). *Digital Platforms and Concentrations*. 2018. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2hyazc6h>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

6 Devido às diversas interpretações atribuídas ao termo pela doutrina, para fins de compreensão deste artigo, entender-se-á *big data* como o acúmulo de um volume significativo de diferentes tipos de dados, produzidos em alta velocidade a partir de várias fontes, cujo manuseio efetivamente depende de processadores e algoritmos novos e mais poderosos.

7 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. “Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais” 2021. [Tese, Livre-docência em direito comercial – edital FD 08/2021] – Departamento de Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 102.

8 *Ibid.*, p. 26.

9 KHAN, Lina. “The Separation of Platforms and Commerce”. *Columbia Law Review*, Nova Iorque. 2019, vol. 119:973, p. 1066.

10 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Op. cit.*, p. 141-142.

11 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *loc. cit.*

Agrega-se que, no que concerne à delimitação temática deste artigo, os atos de concentração de maior preocupação geralmente se resumem à aquisição de empresas iniciantes (principalmente concorrentes nascentes¹²), cujo faturamento e volume de negócios não são altos o suficiente para suscitar a atuação do órgão concorrential responsável pelo controle de fusões e aquisições.

Assim, analisar-se-á a atuação da política antitruste no controle de fusões e aquisições de empresas do mercado digital, como forma de melhor ponderar acerca da possibilidade de cooperação do instituto em prol da proteção do direito à privacidade do sujeito titular dos dados.

2.1. POLÍTICA ANTITRUSTE E CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA ERA DIGITAL

A quarta revolução industrial traz novas preocupações para a aplicação da lei antitruste quanto ao objetivo de garantir mercados competitivos que tragam benefícios para clientes e consumidores em termos de escolha, inovação, preço e qualidade¹³.

Especificamente, com base na atual literatura econômica, nota-se que o *big data* desempenhará um papel cada vez mais importante na forma como as empresas competem entre si, o que demanda uma reestruturação no *modus operandi* dos órgãos antitruste¹⁴ — a título de exemplo, em um relatório de 2011, a McKinsey já previu que “o uso de big data se tornará peça-chave para a concorrência e crescimento de empresas individuais”¹⁵, enquanto a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontou que “o *big data* agora representa um importante ativo econômico que pode criar uma vantagem competitiva significativa para as empresas, além de impulsionar a inovação e o crescimento”¹⁶.

12 Concorrentes nascentes são empresas iniciantes que apresentam um potencial muito promissor, como alguma inovação no fornecimento de produtos ou serviços. Dessa forma, tais empresas ostentam uma real ameaça de, futuramente, se transformarem em fortes competidores no mercado. Nota-se que, no momento da aquisição, as competidoras nascentes demandam um grande investimento de capital para ampliarem as suas atividades, mas que ainda vale à pena para a empresa incumbente que pretende eliminar uma futura concorrência em potencial.

13 ROBERTSON, Viktoria H.S.E. “Antitrust law and digital markets: a guide to the European competition law experience in the digital economy”. In: KURZ, Heinz D.; SCHUTZ, Marlies; STROHMAIER, Rita; ZILIAN, Stella S. (Eds.). *The Routledge Handbook of Smart Technologies: An Economic and Social Perspective*. Londres: Routledge, 2022. p. 3.

14 CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the digital era: Final report*. Luxemburgo, 2019 (Publications Office of the European Union), p. 19. MANYIKA, James; CHUI, Michael; BROWN, Brad; et al. “Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity”. *McKinsey Global Institute*, 2011. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yx7zksvv>>. Acesso em: 9 jul. 2022.

15 The use of big data will become a key basis of competition and growth for individual firms.” (tradução nossa)

16 OCDE. *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*. Paris: OECD Publishing, 2013. p. 319.

“Big data now represents a core economic asset that can create significant competitive advantage for firms and drive innovation and growth” (tradução nossa).

Partindo-se do pressuposto que o controle dos atos de concentração por parte das agências defensoras da concorrência deve considerar os dados pessoais como uma importante fonte de poder de mercado, identificam-se certos obstáculos na superação do paradigma tradicional de indiferença dos órgãos antitruste em relação à proteção desses. Portanto, o reconhecimento de eventuais teorias de dano à privacidade do titular dos dados, no momento do processo de aprovação do M&A, torna-se prejudicado pela natureza *ex ante* do controle de concentrações, bem como pela própria possibilidade de abordagem às restrições de privacidade de forma *ex post* por meio de aplicação da lei da lei específica de proteção de dados¹⁷.

O desafio também é que, convencionalmente, as autoridades de concorrência têm um foco econômico em sua análise competitiva, a qual se atém somente aos efeitos de preço de uma transação, sem olhar para outras dimensões não relacionadas à precificação¹⁸. O risco desta abordagem centrada no preço é que algumas fusões anticompetitivas pudessem ser aprovadas sem restrições, com um custo futuro significativo potencialmente imposto aos consumidores, impedindo a concorrência por meio de efeitos horizontais, verticais ou de conglomerado e reduzindo a temática do problema a um paradoxo cíclico.

No próximo capítulo, estudar-se-ão casos emblemáticos de fusões e aquisições de plataformas digitais com a finalidade de situar, com exemplos práticos, o posicionamento dos órgãos antitruste no controle de atos de concentração.

3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E ESTUDO DE CASOS

Finalmente, como forma de satisfação de um dos objetivos principais deste estudo, propõe-se uma breve reflexão histórica sobre o posicionamento paradigmático das autoridades de defesa da concorrência em relação à importância da proteção de dados pessoais na análise de atos de concentração.

Em meio às demandas de adaptação da atuação do Direito para que sejam ofertadas respostas aos novos fenômenos tecnológicos no âmbito da proteção antitruste, nota-se um esforço das autoridades concorrenciais em oferecer soluções para o problema. Por exemplo, o *Digital Markets Unit* (DMU) do governo do Reino Unido surge como poderosa ferramenta antitruste para repressão de práticas predatórias no escopo do *Big Tech*¹⁹, visto que promete aplicar sanções severas para possíveis infrações de empresas no ramo da tecnologia (como multas de 10% do faturamento global e mais 5%

17 ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. "Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective". *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 2021, vol.17, n.4, p. 27.

18 WASASTJERNA, Maria C. "The implications of big data and privacy on competition analysis in merger control and the controversial competition-data protection interface". *European Business Law Review*, Londres, 2019, vol. 30, nº 3, p. 346.

19 ROBERTSON, Viktoria H.S.E. Op.cit, p. 5.

por dia se a ofensa persistir)²⁰. Similarmente, em junho de 2020, em consulta pública, a Comissão Europeia anunciou planos de introduzir uma nova ferramenta antitruste para enfrentamento dos riscos estruturais observados nos mercados digitais, com a intenção de munir o pacote legislativo com “regras *ex ante* capazes de garantir que os mercados que se caracterizam por grandes plataformas com importantes efeitos de rede que atuam como guardiães do acesso continuem a ser justos e contestáveis”²¹.

Porém, em relação à proteção de dados, há certas peculiaridades. O debate acerca da relação entre concorrência e privacidade no contexto de atos de concentração surge em 2008, durante a apreciação da fusão do Google com a DoubleClick²². O que iniciou com uma troca de sussurros e opiniões entre economistas e juristas, hoje culmina em um rebuliço doutrinário marcado pela polarização: de um lado, há quem defenda a atuação da concorrência como mais uma forma de evitar a propagação lesiva de dados em prol da proteção aos direitos consumeristas²³, ao mesmo tempo que, do lado oposto, encontra-se uma corrente que trata dados pessoais como meros ativos estratégicos ou *commodities*, entendendo que as preocupações com a privacidade fogem do âmbito de intervenção dos agentes da concorrência²⁴.

Assim, para melhor compreensão do paradigma jurídico atual, partire-se-á para a análise de alguns casos-chave de fusão que trataram do papel dos dados da privacidade, sob a ótica de três principais órgãos de defesa da concorrência: Comissão Europeia (Europa), *Federal Trade Commission* (Estados Unidos) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil).

3.1. GOOGLE/DOUBLECLICK

No caso Google/DoubleClick, os dados pessoais foram, pela primeira vez, compreendidos como um ativo em uma fusão²⁵. Na época, a DoubleClick era a provedora líder de determinada tecnologia de veiculação de anúncios, a qual segmentava *ads* e monitorava o desempenho desses, enquanto o Google, além de possuir grande renome como ferramenta de buscas *online*, já utilizava-se da grande quantidade de dados pessoais coletados e armazenados em seu sistema para o fornecimento de um espaço publicitário

20 CLAYTON, James. *UK government sets out plans to rein in Big Tech*. BBC, Londres, 2022. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yckzy4ha>>. Acesso em: 24 out. 2022.

21 COMISSÃO EUROPEIA. Mercado Único – novo instrumento complementar para consolidar a aplicação das regras em matéria de concorrência. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/4wcssauz>>. Acesso em: 23 out. 2022.

22 WASASTJERNA, Maria C. Op. cit. p. 346.

23 STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. “No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data”. *University of Tennessee Legal Studies Research*, Knoxville, April 2015, n° 269.

24 SOKOL, Daniel D.; COMERFORD, Roisin. “Does antitrust have a role to play in regulating big data?”. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel D. *Antitrust, intellectual property, and high tech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

25 WASASTJERNA, Maria C. op. cit., p. 347.

em rede²⁶. Dessa forma, entende-se que a fusão visava incorporar não apenas os produtos e serviços fornecidos pelas duas empresas, mas também os seus vastos acervos de dados sobre o comportamento do consumidor na internet.

Durante a análise da fusão por parte da *Federal Trade Commission* (FTC), observaram-se fortes objeções de empresas concorrentes e da própria sociedade civil²⁷. Como argumento contrário, foi apontado que a mera combinação dos ativos das duas empresas, especialmente no que tange a dados pessoais, permitiria o alcance de uma posição de mercado que não poderia ser replicada pelos concorrentes, levando-os a uma progressiva marginalização. A maior preocupação, nesse sentido, era que os anunciantes não teriam escolha a não ser recorrer à entidade resultante da fusão²⁸.

Também foi levado em consideração o efeito do aumento na quantidade de informações pessoais obtidas pela entidade combinada. No entanto, a FTC concluiu que a combinação de informações sobre o comportamento de busca e o comportamento de navegação do usuário não traria tal vantagem competitiva que não poderia ser, de alguma forma, replicada pela concorrência^{29,30}.

Como desfecho, a fusão foi aprovada dos dois lados do Atlântico sem quaisquer restrições, visto que a Comissão Europeia chegou a conclusões similares ao órgão antitruste americano, avaliando o caso apenas sob ótica da lei de concorrência da União Europeia³¹. Contudo, a análise do FTC ganhou especial destaque como precursora do debate em virtude do voto dissidente da Comissária Pamela Harbour³², a qual defendeu, de forma inédita, que a situação traria repercussões negativas sobre a privacidade dos titulares dos dados, deixando um legado doutrinário de maior atenção aos direitos do consumidor em fusões e aquisições transfronteiriças³³.

No Brasil, a fusão foi apreciada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que limitou-se a reiterar a análise feita pelas autoridades estrangeiras. A decisão reproduziu as mesmas fundamentações adotadas

26 COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google. *Commission Press Release*. Bruxelas, 2008. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8b87nx>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

27 WASASTJERNA, Maria C. op. cit, p. 348.

28 GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. "Competition law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue". *Concurrences*, Nova Iorque, 2013, n.º 2, p. 12.

29 ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION. Federal Trade Commission closes Google/DoubleClick investigation: proposed acquisition unlikely to substantially lessen competition. *FTC Press Release*, Washington, 2007. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8tcmes>>. Acesso em 08 jun. 2022

30 WASASTJERNA, Maria C. Op. cit. p. 348.

31 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op.cit, p. 160.

32 Pamela Jones Harbour foi comissária da *Federal Trade Commission* de 2003 a 2009. Após deixar a agência, Pamela continuou incentivando os órgãos aplicadores do direito concorrencial a fim de que fosse desenvolvida uma estrutura analítica mais sofisticada para avaliar as implicações da privacidade edos dados pessoais nos processos de M&A.

33 ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Dissenting statement of commissioner Pamela Jones Harbour*. File No. 071-0170. Disponível em: <<https://tinyurl.com/8drnhx9d>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

pelos outros órgãos e não considerou quaisquer efeitos da fusão sob ótica da realidade brasileira, tornando-se alvo de críticas por parte da literatura nacional³⁴.

Para certa corrente doutrinária hodierna, o caso constitui um exemplo de *killer acquisition*, já que, nove anos depois da fusão, o Google retirou a marca DoubleClick do mercado para simplificar os pontos de entrada para anunciantes³⁵. A ferramenta de anúncios utilizada atualmente é o Google Ads, que possui acesso ao inventário das pesquisas realizadas dentro das plataformas do próprio Google, do YouTube, da loja de jogos e aplicativos Google Play e maistrês milhões de parceiros.

3.2. FACEBOOK/WHATSAPP

A aquisição do WhatsApp pelo Facebook foi, quiçá, a que mais explicitou a indiferença dos órgãos da concorrência perante o impacto concorrencial dos dados pessoais. Tanto o FTC e a Comissão Europeia repetiram o posicionamento da análise Google/DoubleClick na fusão subsequente, autorizando-a incondicionalmente em 2014. A operação nem ao menos foi apreciada pelo CADE, visto que o faturamento do WhatsApp, em território brasileiro na época do ato, era inferior ao previsto para a notificação obrigatória³⁶.

Dessarte, a análise dos órgãos concorrenciais limitou-se tão somente ao potencial prejuízo para os anunciantes, decorrente do ganho em poder de mercado por parte do Facebook em razão ao aumento da capacidade de coleta de dados. A Comissão, em razão de não se considerar competente para tal, não examinou se os dados pessoais dos titulares seriam coletados em maior medida devido à combinação dos bancos de armazenamento³⁷, alegando, também, que a maioria dos aplicativos de comunicação postos no mercado à disposição do consumidor não competem em recursos de privacidade³⁸.

Nota-se que o desfecho do ato de concentração Facebook/WhatsApp foi desastroso. Durante a análise da fusão, Mark Zuckerberg prometeu que as duas bases de usuários não seriam fundidas “em hipótese alguma”³⁹, sob a justificativa de impossibilidade técnica. Contudo, a promessa foi quebrada com uma atualização dos termos da política de privacidade do WhatsApp em 2016, dois anos após ter sido concedida autorização incondicional.

Aberta a investigação, ficou comprovado que a possibilidade técnica da junção dos bancos de dados das duas plataformas já existia na época da

34 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit. p. 162.

35 VELJANOVSKI, Cento. “Algorithmic antitrust: a critical overview”. In: PORTUESE, Aurelien (Ed.). *Algorithmic Antitrust*. Cham: Springer, 2022, p. 58.

36 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit. p. 163

37 ROBERTSON, Viktoria H.S.E. Op. cit. 589.

38 WASASTJERNA, Maria C. Op.cit, p. 350.

39 KANG, Cecilia. “Privacy advocates decry Facebook’s purchase of WhatsApp”. *The Washington Post*, Washington, March 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mr267ha3>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

fusão⁴⁰. Assim, em dezembro do mesmo ano, a Comissão enviou ao Facebook uma declaração formal de objeções por supostamente ter fornecido informações enganosas durante a análise da fusão de 2014⁴¹. Foi sancionada uma multa de 110 milhões de euros⁴² — a primeira vez que uma empresa foi multada por divulgações desde a entrada em vigor do Regulamento das Concentrações Comunitárias de 2004.

Importante destacar que não houve qualquer revisão quanto à aprovação da fusão pelas entidades competentes.

3.3. MICROSOFT/LINKEDIN

De forma inédita, proteção de dados e privacidade figuraram no âmago na análise da Comissão Europeia sobre a aquisição da rede social de negócios LinkedIn pela Microsoft em 2016, quando foi reconhecido, explicitamente, que a privacidade dos dados pode ser um parâmetro importante da concorrência e um fator influenciador da escolha do cliente⁴³. A ideia principal por trás do ato de concentração era que, se fundido com a Microsoft, o LinkedIn integraria dados do usuário entre *softwares* do Pacote Office, como o Outlook ou Skype. Assim, o maior receio da oposição era que a aquisição daria à Microsoft acesso exclusivo a dados sobre como os 450 milhões de usuários da rede social interagem, criando uma vantagem injusta sobre os rivais ao monopolizar o acesso a essas informações⁴⁴.

Maria Wasastjerna resume que, como condição à aprovação da concentração, a Microsoft se comprometeu a proteger a concorrência entre redes sociais profissionais em três aspectos principais: a) durante o lapso temporal de cinco anos, os fabricantes e distribuidores de computadores pessoais poderiam optar por instalar (ou não) o aplicativo do LinkedIn no Windows; b) as redes sociais concorrentes continuariam desfrutando de certa interoperabilidade com os produtos da Microsoft; c) as redes sociais concorrentes manteriam o seu acesso aos dados armazenados no Microsoft Cloud⁴⁶.

40 COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission alleges Facebook provided misleading information about WhatsApp takeover. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/46yk6eh5>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

41 WASASTJERNA, Maria C. loc. cit.

42 COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2017. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yrexuhkr>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

43 COMISSÃO EUROPEIA. *Case M.8124 – Microsoft/LinkedIn*. Regulation (EC) No 139/2004. Merger Procedure, Bruxelas, 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8ckxyp>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

44 WATERS, Richard. Microsoft-LinkedIn deal raises new competition concerns: regulators must consider whether a company can corner the market on data. *Financial Times*, Londres, Nov. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ryeeha4x>>. Acesso em: 08 jul. 2022.

45 WINGFIELD, Nick; BENNER, Katie. How LinkedIn drove a wedge between Microsoft and Salesforce. *The New York Times*, Nova Iorque, Nov. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mpnj7efe>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

46 WASASTJERNA, Maria C. Op. cit, p. 351.

Apesar de imperfeito, conclui-se que o caso Microsoft/LinkedIn representa um avanço importante na superação de uma visão enraizada há décadas na jurisprudência concorrencial. Em um posicionamento divergente, Pfeiffer aponta que as análises do CADE e do FTC não foram tão inovadoras quanto o posicionamento da Comissão⁴⁷, além de que “a ausência de uma investigação mais aprofundada sobre o real impacto que a concentração traria a fim de afastar riscos de degradação da política de privacidade revelou um avanço retórico desprovido de efetividade”⁴⁸.

3.4. GOOGLE/FITBIT

Por último, o caso que mais se destaca em demonstrar a possibilidade de cooperação da entidade antitruste em prol da proteção de dados pessoais no contexto de M&A é a fusão Google/Fitbit, visto que o acordo final efetivamente refletiu a preocupação da Comissão Europeia com o impacto concorrencial advindo da junção de bancos com volume e variedade expressiva de dados pessoais⁴⁹.

Após falhar em se destacar no mercado de *wearables* (dispositivos vestíveis) em 2013 com o Google Glass⁵⁰, a fusão com a Fitbit, empresa atuante no ramo de desenvolvimento e distribuição de *smartwatches* e outros produtos rastreadores de atividade física, buscava aprimorar as ofertas colocadas à disposição do consumidor com tecnologia de ponta e inteligência artificial. Dessarte, a Comissão Europeia iniciou uma investigação muito mais aprofundada na questão da proteção de dados ao entender que, com a aquisição, o Google poderia usar os dados em saúde contidos nos dispositivos Fitbit para personalizar ainda mais a publicidade, consolidando a sua posição já dominante no mercado de tecnologia de *advertisement*⁵¹.

O acordo ofertado pela Comissão e atrelado à aprovação da fusão trazia, entre outras, as seguintes condições: a) o Google não poderia usar certos dados em saúde coletados através dos dispositivos Fitbit, por serem considerados dados sensíveis; b) o Google seria compelido a criar uma separação técnica dos dados obtidos por meio do Fitbit, armazenando-os em um banco separado de quaisquer outros dados coletados para fins de monetização publicitária; c) O Google deveria garantir que os usuários tenham a opção real de conceder ou negar o uso de dados de saúde armazenados tanto no Google quanto no Fitbit; d) um sistema especial de proteção de dados deveria ser projetado e criado especificamente para a proteção dos dados em saúde obtidos; e) as

47 O FTC aprovou a fusão sem condições ou preocupações concernentes à proteção de dados pessoais. No Brasil, houve a notificação, tramitação pelo rito sumário e consequente aprovação sem restrições.

48 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit, p. 170

49 COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of Fitbit by Google. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/3nw34jc2>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

50 WEIDNER, Justin Burton. How and why Google Glass failed. *Investopedia*, Nova Iorque, 2021. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mr3azd3b>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

51 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op.cit. p. 172.

empresas deveriam implementar um sistema de monitoração do acordo, caso firmado; f) o Google iria se comprometer em disponibilizar, aos titulares, acesso aos dados de saúde por meio de aplicativo gratuito e de fácil manejo⁵².

Como conclusão, a Comissão Europeia não se limitou em promover uma análise tradicional de mercados conglomerados. Ainda que a participação da Fitbit e do Google no mercado da União Europeia fosse pequena no que tange a *wearables*, foi levada em consideração a existência de outros mercados integrados, os quais também deveriam ser analisados no ato de concentração⁵³.

No Brasil, a operação não foi notificada ao CADE, tendo em vista que não se encaixavam os parâmetros legais de notificação obrigatória. No Estados Unidos, a atuação do FTC se restringiu em aprovar a fusão por rito sumário, sem que a investigação fosse aprofundada⁵⁴.

4. CONCLUSÃO

Este presente artigo destacou o crescente papel e importância dos dados e da privacidade no direito concorrencial, especialmente na área de controle de fusões de relevância internacional, considerando o número de aquisições orientadas por dados nos mercados digitais nas últimas décadas.

A partir da pesquisa realizada, é possível concluir que a lei da concorrência desempenhará um papel importante para a mitigação de riscos de privacidade associados a processos de M&A de empresas pertencentes ao mercado digital, desde que condicionado a uma série de mudanças na especificidade, forma e direção da análise dos atos de concentração por parte das autoridades antitruste.

Adicionalmente, o estudo doutrinário e jurisprudencial levantado aponta que, com a crescente atenção dedicada à interface concorrência-privacidade, não apenas no meio acadêmico, mas também pelas principais autoridades de concorrência, há indícios do surgimento de uma cooperação interdisciplinar dentro dos parâmetros de competência de cada instituto, levando em conta a decisão condicional da fusão Microsoft/LinkedIn, as consequências relativas à degradação da privacidade no caso Facebook/WhatsApp e a mais recente e inovadora decisão Google/Fitbit por parte da Comissão Europeia.

Ao contrário do que geralmente ocorre em mercados tradicionais, no mercado digital, o qual possui forte tendência à monopolização, um erro na aprovação de uma fusão tem o potencial de produzir danos reflexos na proteção de dados pessoais. Portanto, prevê-se que, ainda que criados para a proteção de dois bens jurídicos diferentes, uma atuação em um mesmo *continuum* regulatório dos órgãos antitruste e autoridades de proteção de

52 COMISSÃO EUROPEIA. *Case M. 9660 – Google/Fitbit*. Regulation (EC) No 139/2004. Merger Procedure, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/57ktp8z3>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

53 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. op. cit., p. 173.

54 *Ibid.*, p. 175.

dados poderia ser tangível em algum momento futuro dada a necessidade de sofisticação dos mecanismos de atuação do Direito e o sucessivo desenvolvimento da tecnologia, motivo pelo qual aplaude-se a iniciativa brasileira em um primeiro passo representado pelo Acordo de Cooperação Técnica (ACT) firmado entre o CADE e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)⁵⁵.

Contudo, permanece o entendimento final de que uma solução mais pragmática e realista ao problema envolveria uma modificação nos parâmetros legais de notificação nos órgãos antitruste para revisão de fusões e aquisições no mercado digital, baseando-se no valor da transação ou outro critério que permita que os reguladores analisem transações entre plataformas digitais e *startups*.

CONFLITO DE INTERESSE E FINANCIAMENTO

A pesquisadora afirma que não há conflitos de interesse.

Não houve concessão de bolsa ou auxílio financeiro para a elaboração da pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Acordo de cooperação técnica entre o Conselho de Defesa Econômica (CADE) e a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD)*, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados. Disponível em: <<https://tinyurl.com/35e93h9c>>

BRUNER, Robert F. *Applied Mergers and Acquisitions*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, 1. ed., 2004.

CHEN, M., MAO, S., Zhang, Y.; LEUNG, V. C. M. *Big Data: Related Technologies, Challenges; Future Prospects*. London: Springer, 2014.

CLAYTON, James. UK government sets out plans to rein in Big Tech. *BBC*, Londres, 2022. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yckzy4ha>>

COMISSÃO EUROPEIA. *Case M.8124 – Microsoft/LinkedIn*. Regulation (EC) No 139/2004. Merger Procedure, Bruxelas, 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8ckxyp>>

55 BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Acordo de cooperação técnica entre o Conselho de Defesa Econômica (CADE) e a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD)*, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados. Disponível em: <<https://tinyurl.com/35e93h9c>> Acesso em: 21 out. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. *Case M. 9660 – Google/Fitbit. Regulation (EC) No 139/2004. Merger Procedure*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/57ktp8z3>>

COMISSÃO EUROPEIA. Mercado Único – novo instrumento complementar para consolidar a aplicação das regras em matéria de concorrência. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/4wcssauz>>

COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission alleges Facebook provided misleading information about WhatsApp takeover. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/46yk6eh5>>

COMISSÃO EUROPEIA Mergers: Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2008. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8b87nx>>

COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2017. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yrexuhkr>>.

COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of Fitbit by Google. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/3nw34jc2>>

COMISSÃO EUROPEIA. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the ‘Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a thriving data-driven economy’ (COM(2014) 442 final)*, July 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2z2v4f8z>>

CORVALÁN, Juan. *Perfiles digitales humanos*. Buenos Aires: La Ley, 2020.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition policy for the digital era: Final report*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2019.

ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. “Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective”. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 2021, vol. 17, nº 4, p. 765-847.

ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Dissenting statement of commissioner Pamela Jones Harbour*. File No. 071-0170. Disponível em: <<https://tinyurl.com/8drnhx9d>>

ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION. Federal Trade Commission closes Google/DoubleClick investigation: proposed acquisition unlikely to substantially lessen competition. *FTC Press Release*, Washington, 2007. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8tcmes>>

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. «Edistortions. How data-opolies are dissipating the Internet's potential". In: ROLNIK, Guy (Ed.). *Digital Platforms and Concentrations*. 2018. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2hyazc6h>>

FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: Strategies and Techniques for Negotiating Corporate Acquisitions*. Nova Iorque: Law Journal Press, 1975.

GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue. *Concurrences*, Nova Iorque, n. 2, p. 12, 2013.

KANG, Cecilia. "Privacy advocates decry Facebook's purchase of WhatsApp". *The Washington Post*, Washington, March 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mr267ha3>>

KHAN, Lina, The Separation of Platforms and Commerce. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 119:973, 2019.

KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

MANYIKA, James; CHUI, Michael; BROWN, Brad; et al. Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity. *McKinsey Global Institute*, 2011. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yx7zksv>>

OCDE. *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*. Paris: OECD Publishing, 2013.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. 2021. [Tese, Livre-docência em direito comercial – edital FD 08/2021] – Departamento de Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

ROBERTSON, Viktoria H.S.E. “Antitrust law and digital markets: a guide to the European competition law experience in the digital economy”. In: KURZ, Heinz D.; SCHUTZ, Marlies; STROHMAIER, Rita; ZILIAN, Stella S. (Eds.). *The Routledge Handbook of Smart Technologies: An Economic and Social Perspective*. Londres: Routledge, 2022.

RUBINFELD, Daniel; GAL, Michal. RUBINFELD, Daniel; GAL, Michal. “The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement”. NYU Law & Economics Research Paper Series, Nova Iorque. 2016, vol. 80, nº 401, p. 8

SCHWAB, Klaus. *Shaping the future of the fourth industrial revolution: a guide to building a better world*. Londres: Portfolio Penguin, 2018.

SOKOL, Daniel D.; COMERFORD, Roisin. Does antitrust have a role to play in regulating big data?. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel D. *Antitrust, intellectual property, and high tech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

STUCKE, Maurice E. “Should we be concerned about data-opolies?”. *Georgetown Law Technology Review*, Washington, 2018, vol.2.2, nº275, p. 275-324.

STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. “No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data”. *University of Tennessee Legal Studies Research*, Knoxville. April 2015, nº269.

TAVARES, André Ramos. “APP’s e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil”. *Revista de Direito Constitucional & Econômico*, jan-jun, 2019, nº1, p. 13-44.

VELJANOVSKI, Cento. Algorithmic antitrust: a critical overview. In: PORTUESE, Aurelien(Ed.). *Algorithmic Antitrust*. Cham: Springer, 2022.

WASASTJERNA, Maria C. “The implications of big data and privacy on competition analysis in merger control and the controversial competition-data protection interface”. *European Business Law Review*, Londres, 2019, vol. 30, nº3, p. 337-365.

WATERS, Richard. Microsoft-LinkedIn deal raises new competition concerns: regulators must consider whether a company can corner the market on data. *Financial Times*, Londres, Nov. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ryeeha4x>>

WEIDNER, Justin Burton. How and why Google Glass failed. *Investopedia*, Nova Iorque, 2021. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mr3azd3b>>

WINGFIELD, Nick; BENNER, Katie. How LinkedIn drove a wedge between Microsoft and Salesforce. *The New York Times*, Nova Iorque, Nov. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mpnj7efe>>



Privacy and data protection in the context of cross-border mergers and acquisitions: the (possible) cooperative role of competition policy

Abstract: This article aims to analyze the implications of big data in the field of mergers and acquisitions and competition law, from a critical and comparative standpoint. First, it does a brief introduction to the subject, based on consultation of texts that manage to situate the development of the current legal paradigm. It also studies the theoretical performance of antitrust policy in the midst of the digital age. Subsequently, it conducts a comparative analysis of emblematic cases of mergers and acquisitions from the perspective of three different antitrust authorities (Brazilian, American, and European), essential for situating the legal landscape in an international scope. As a result, it concludes that the jurisprudence is currently moving towards the implementation of a cooperative role between the two legal institutes within their respective authorities.

Keywords: Data protection; Mergers and acquisitions; Concentration acts; Competition law; Antitrust policy.



Vie privée et protection des données dans le contexte des fusions et acquisitions transfrontaliers : le (éventuel) rôle coopératif de la politique de la concurrence

Abstrait: Cet article vise à analyser les implications du *big data* dans le domaine des fusions-acquisitions et du droit de la concurrence, d'un point de vue critique et comparatif. Tout d'abord, il fait une brève introduction au sujet, basée sur la consultation de textes qui parviennent à situer l'évolution du paradigme juridique actuel. Il étudie également la performance théorique de la politique antitrust au milieu de l'ère numérique. Ensuite, il procède à une analyse comparative de cas emblématiques de fusions-acquisitions du point de vue de trois autorités antitrust différentes (brésilienne, américaine et européenne), essentielle pour situer le paysage juridique dans une perspective internationale. En conséquence, elle conclut que la jurisprudence s'oriente actuellement vers la mise en place d'un rôle coopératif entre les deux instituts judiciaires au sein de leurs instances respectives.

Mots clés: Protection des données, Fusions et acquisitions, Actes de concentration, Droit de la concurrence, Politique antitrust.

RESUMO BIOGRÁFICO

Laura Mello dos Santos. Mestranda em Direito, com concentração em Direito Internacional e Direito Comparado, pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Internacional Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI), em conjunto com a Escola Superior de Advocacia de São Paulo (OAB ESA/SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Foi bolsista de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Fomento FAPERGS). Foi integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (GEDF/CNPq), vinculado ao Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (NEADF/PUCRS). É advogada.

Mecanismos de solución de controversias regionales: una herramienta a disposición de los Estados en la institucionalidad democrática. El caso de la Unión de Naciones Suramericanas¹

Mecanismos de solução de controvérsias regionais: ferramenta à disposição dos Estados nas instituições democráticas. O caso da União de Nações Suramericanas

Natasha Suñe* 

Guillaume Long** 

*Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina,
Buenos Aires, Argentina.

** Center for Economic and Policy Research, Washington
D.C , Estados Unidos.

Resumen: Este estudio analiza la situación jurídica del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) luego de las denuncias realizadas —o anunciadas— por parte de distintos Estados miembros; realiza un recorrido por los motivos que llevaron a su creación y reflexiona sobre las razones actuales de la necesidad de su subsistencia como único marco jurídico multidimensional hacia una integración suramericana permanente. Para arribar a sus conclusiones analiza los procedimientos internos de denuncia; el estatus de sus miembros fundadores en relación con el Tratado Constitutivo de la organización; y la vigencia de la organización. El estudio concluye que los Estados debieron recurrir al diálogo político y al mecanismo de solución de controversias previsto en la Tratado Constitutivo —opción que se mantiene aún vigente— debido a que constituye la vía institucional idónea para destrabar conflictos.

1 La presente versión es una adaptación del reporte de investigación original publicado en: CEPR, Center for Economic and Policy Research. *Hacia una nueva Unasur. Vías de reactivación para una integración suramericana permanente*, 18 de octubre 2022, 167 p.

E-mail: natasha_s1983@hotmail.com

Recibido: 20/10/2022 Aceptado: 10/11/2022.



Resumo: Este estudo analisa a situação jurídica do Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas (Unasul) após as denúncias feitas —ou anunciadas— por diversos Estados membros; faz um percorrido pelas razões que levaram à sua criação e reflete sobre as razões atuais da necessidade de sua subsistência como único marco jurídico multidimensional para uma integração sul-americana permanente. Para chegar às suas conclusões, analisa os procedimentos internos de denúncia; a situação de seus membros fundadores em relação ao Tratado Constitutivo da organização; e a validade da organização. O estudo conclui que os Estados tiveram que recorrer ao diálogo político e ao mecanismo de solução de controvérsias previsto no Tratado Constitutivo — opção que ainda vigora — por constituir o canal institucional ideal para desbloquear conflitos.

Palabras clave: Denuncia de tratados de integración; Mecanismos de solución de controversias; Institucionalidad democrática; Convergencia.

Palavras-chave: Denuncia de tratados de integração; Mecanismos de solução de controvérsias; Institucionalidade democrática; Convergência.

1. INTRODUCCIÓN

En la Cumbre de Brasilia de mayo de 2008, las y los presidentes suramericanos firmaron el Tratado Constitutivo de la Unasur. Entre 2009 y 2011, los poderes legislativos de cada uno de los doce países suramericanos, de diversos signos ideológicos, aprobaron el Tratado Constitutivo de la Unasur que entró en vigencia en marzo de 2011, seis meses después de recibido por el Estado depositario el noveno instrumento de ratificación². Entre 2018 y 2020, varios gobiernos que denunciaron el Tratado Constitutivo de la Unasur lo hicieron sin tener en cuenta los mecanismos para los tratados de integración multilaterales que exigen la búsqueda de acuerdos, en el caso en particular, los mecanismos de diálogo político y solución de controversias previstos en el Tratado Constitutivo. Bolivia objetó las actuaciones unilaterales de los países e invitó al diálogo. En su momento, Uruguay demostró una voluntad reparadora para resolver los problemas surgidos en el seno de la organización. En conclusión, varias de las denuncias no cumplieron con lo previsto en el Tratado Constitutivo de la Unasur respecto de lo dispuesto para la búsqueda de diálogo político (artículo 14 del Tratado), para la solución de controversias (artículo 21) o incluso, para el procedimiento de enmiendas (artículo 25), dejando de lado una larga historia de búsquedas de convergencia y de necesidad de una integración suramericana permanente.

² El proceso de aprobación legislativa y ratificación del Tratado Constitutivo se demoró tres años más, empezando por la ratificación de Bolivia y Ecuador en marzo y julio de 2009 respectivamente, y culminando con las ratificaciones de Paraguay y Brasil en junio y julio del 2011 respectivamente. El Tratado Constitutivo entró en vigor en marzo de 2011, después de su novena ratificación el 30 de noviembre de 2010 por parte de Uruguay.

En efecto, este mundo cada vez más complejo exige la integración de los países del Sur global, en este caso de América del Sur, sin lo cual los Estados no podrán tener peso geopolítico ni hacer oír su voz. Por ello, los Estados precisan de una integración suramericana permanente que tienda a proteger el derecho al desarrollo. Por ello, en conformidad con la vocación integracionista de las constituciones de los Estados de Suramérica y en estricto respeto al derecho internacional público, incluida la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que protege la estabilidad y buena fe de los tratados, prevalece la interpretación —de subsanación de las diferencias— en el sentido de proteger la plena vigencia de los tratados.

En el presente estudio, analizamos en una primera parte la vigencia y relevancia de la Unasur: ¿cuál fue el sentido de su creación y la necesidad de su subsistencia? En una segunda parte, examinamos los procedimientos de denuncia: ¿qué miembros completaron el proceso de denuncia del Tratado Constitutivo de la Unasur³ y cuáles anunciaron su salida de la organización sin cumplir con el debido procedimiento legal?; particularmente, ¿qué ocurrió en los procesos de denuncia del tratado por parte de Argentina y Brasil? Finalmente, en una tercera parte analizamos la situación jurídica internacional del Tratado Constitutivo, ¿sigue existiendo formalmente la organización?, y al concluir sobre la vigencia jurídica de la Unasur, exploramos posibles caminos para que se pueda retomar el camino de la convergencia.

2. UNASUR: EL CAMINO HACIA LA CONVERGENCIA

Para finales de los años noventa, los acuerdos de libre comercio empezaban a perder su brillo y se menguaba la percepción de su infalibilidad. La intención de Estados Unidos de crear el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) determinó, en un primer momento, el fortalecimiento del Mercosur como su antagonista natural. El Mercosur empezó a impulsar un nuevo paradigma de integración regional cuyo eje se focalizaba en una nueva mirada más allá de los clásicos acuerdos comerciales suscritos en el marco del art. 24 del GATT⁴.

Las grandes líneas del nuevo paradigma del Mercosur fueron trazadas en la Declaración de Buenos Aires de 2003, que pronto se conoció como “Consenso de Buenos Aires” en contraposición al “Consenso de Washington”.

³ Denominado distintamente en este estudio: Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, Tratado Constitutivo de la Unasur, y Tratado Constitutivo.

⁴ Esta pugna entre el regionalismo abierto impulsado por Estados Unidos y un regionalismo post neoliberal defendido por un nuevo Mercosur culminó en la Cumbre de las Américas de 2005 en Mar del Plata, cuando un eje suramericano y atlántico puso freno decidido a las ambiciones estadounidenses de lanzar el ALCA. En: RIGGIROZZI, Pía. “Reconstructing Regionalism: What does Development have to do with it?”. En RIGGIROZZI, Pía; TUSSIE, Diana (Eds.). *The Rise of Post-Hegemonic Real-ism: The Case of Latin America*. London: Springer Dordrecht, 2012, p. 25; véase también ARGENTINA. DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES DEL HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN. *Miradas sobre la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) y la Comunidad de Estados de América Latina y el Caribe (CELAC)*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, pp. 35-39.

Sin dejar de lado el enfoque comercial de la integración propia del Mercosur, el nuevo “consenso” enfatizó el derecho de los pueblos al desarrollo, la necesidad de fortalecer la democracia en la región, la responsabilidad histórica de combatir la pobreza, la desigualdad, el hambre, el analfabetismo y la enfermedad; reconoció la preocupación por aumentar la participación social en la región; la situación de asimetrías, desequilibrios y desigualdades.

En ese contexto, a mediados de la primera década del siglo XX, el Mercosur aceleró reformas institucionales que incluyeron el establecimiento de un parlamento del Mercosur, aunque sin capacidad de tomar decisiones vinculantes; el Instituto Social del Mercosur; el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos; la Unidad de Participación Social; y el Fondo de Convergencia Estructural del Mercosur (Focem), para enfrentar el espinoso problema de las grandes asimetrías entre los Estados parte⁵.

En el transcurso de casi una década, el Mercosur había consolidado su integración política más allá de los acuerdos estrictamente comerciales y aduaneros, orquestado un nuevo marco para derechos socio-laborales, y puesto énfasis en un ambicioso proyecto para infraestructura regional. Contrariamente al Mercosur, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) no adquirió durante esta etapa una mirada más geopolítica, ni una diversificación o profundización del mandato explicitado en el Protocolo de Trujillo de 1996. La organización fue asimismo perdiendo fuerza, a pesar de su avanzado nivel de resiliencia institucional. El declive se aceleró como consecuencia de los desacuerdos entre sus miembros sobre la adhesión de Perú y Colombia a tratados de libre comercio con Estados Unidos, la salida de Venezuela del organismo en 2006, y visiones encontradas sobre el comercio y el desarrollo entre los cuatro miembros restantes⁶.

Varios países otrora más asociados al subsistema andino fueron además atraídos por el cambio de paradigma del Mercosur. Venezuela, Bolivia y Ecuador (que únicamente quedó en la intencionalidad de la adhesión) confirmaron su deseo de pertenecer al Mercosur.

Sin embargo, las dificultades en torno a las cuestiones comerciales que ya habían sido definidas en el Mercosur por los Estados originarios (arancel externo común y zona de libre comercio interno) provocaron un primer obstáculo con el ingreso de Bolivia. Sin abandonar la CAN, Bolivia se encontraría con las obligaciones normativas de cumplir con dos bloques económicos en funcionamiento: dos aranceles externos, distintos regímenes de reducción arancelaria, etc. Ecuador, dolarizado, se enfrentaría con una dificultad monetaria para integrarse a las normas comerciales y arancelarias del Mercosur; y Venezuela al reto de incorporar un acervo normativo de décadas en funcionamiento en el Mercosur. Como resultado de estas

5 RIGGIROZZI, Pía. Op. Cit, p. 25.

6 BONILLA, Adrián; LONG, Guillaume. “Hacia un nuevo regionalismo”. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador. Íconos. 2010, n° 38, pp. 24-25

complejidades, empezaron a cobrar fuerza la idea de una convergencia regional y, como consecuencia de esto último, la necesidad de un espacio suramericano.

La creación de la Comunidad Sudamericana de Naciones en 2004, que cambió su nombre a Unasur en 2007, buscaba justamente facilitar —e ir más allá de— la convergencia entre la CAN y el Mercosur. En ese sentido, la Unasur tenía el rol de desempeñar un papel central de convergencia para que se privilegie la proyección, a nivel suramericano, de las mejores prácticas y el mejor bagaje institucional, y no se busque apenas la complicada incorporación del eje Pacífico en el eje Atlántico o viceversa. La Alianza del Pacífico, posteriormente constituida, reproducía la lógica del libre cambio sin ninguna perspectiva multidimensional. La Unasur, a diferencia de los anteriores, goza de un tratado constitutivo que ofrece una mirada integral de las necesidades de articulación de la región. Por estas razones, consideramos que la región debe maximizar la vigencia jurídica del Tratado Constitutivo, y que el mayor número posible de países de la región deben reincorporarse a la Unasur.

3. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA UNASUR

Si tomamos como punto de partida la Cumbre de Brasilia de 2000 y como punto de llegada la entrada en vigor del Tratado Constitutivo en 2011, la Unasur se demoró más de una década en nacer.

A finales de los años noventa, la región empezó a dar pasos para la creación de un regionalismo suramericano, tendiendo puentes entre los dos subsistemas regionales: el andino-pacífico y el atlántico-conosureño. Con fuerte iniciativa brasileña, se procuraba generar una convergencia progresiva entre el Mercosur y la CAN, con la inclusión de Chile, pero también —y quizás más sorprendentemente— de Guyana y Surinam, hasta ese momento esencialmente insertados en una lógica regional caribeña⁷.

Se señala a menudo que los orígenes de la Unasur se sitúan en la Primera Cumbre de Presidentes Sudamericanos de Brasilia de septiembre de 2000, pero la diplomacia brasileña venía poniendo los ojos en la construcción de un espacio suramericano desde antes. Al menos desde la presidencia de Itamar Franco (1992-1995) y su propuesta de Área de Libre Comercio Sudamericana (ALCSA)⁸, Brasil buscaba ejercer un cierto liderazgo suramericano, autónomo de Estados Unidos, y que le permitiera a Brasil proyectarse fuera de su región⁹. Este ímpetu fue luego retomado durante la presidencia de Fernando

⁷ Significativamente, uno de los pocos espacios de interacción entre el regionalismo caribeño y el regionalismo suramericano ha sido la cuenca amazónica. El Tratado de Cooperación Amazónica de 1978 firmado por Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela dio luz a la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA) en 1995, con la creación de una secretaría permanente en 2003.

⁸ Itamar Franco lanzó esta iniciativa en octubre de 1993 en la VII Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río en Santiago de Chile.

⁹ SARAIVA, Miriam Gomes. "Brazilian foreign policy towards South America during the Lula Administration: caught between South America and Mercosur". *Revista Brasileira de*

Henrique Cardoso (1995-2003), quien quería consolidar una posición más cohesionada de América del Sur en el contexto de las negociaciones sobre el ALCA con Estados Unidos¹⁰. El resultado más tangible de la cumbre de Brasilia, fue el lanzamiento de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA), un mecanismo institucional de coordinación en materia de infraestructura, en materia energética y de conectividad, transporte y comunicaciones. La Cumbre dejó sembrada la idea y necesidad de “la profundización del diálogo sobre *seguridad* en América del Sur, teniendo en cuenta incluso los aspectos humano, económico y social de la cuestión”¹¹.

En abril de 2002, la ciudad de Guayaquil en Ecuador fue sede de la Segunda Cumbre de Presidentes Sudamericanos. En ella, “los Presidentes reiteraron su voluntad de seguir impulsando acciones de coordinación y cooperación con miras a la conformación de un espacio común sudamericano”¹².

Finalmente, la Tercera Cumbre de Presidentes Sudamericanos, que tuvo lugar en Cusco en 2004¹³, dio nacimiento formal a la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN). El propósito anunciado del nuevo ente era “la profundización de la convergencia entre Mercosur, la Comunidad Andina y Chile a través del perfeccionamiento de la zona de libre comercio”¹⁴.

El 16 de abril de 2007, los jefes y jefas de Estado y gobierno de la región se dieron cita en la Primera Cumbre Energética Suramericana en la Isla de Margarita, Venezuela. Ahí se dio un importante debate sobre la integración energética. En el diálogo político entre los jefes de Estado y de gobierno, los mandatarios decidieron rebautizar la CSN y “nombrar este esfuerzo integrador de Suramérica, como ‘Unión de Naciones Suramericanas’ (Unasur)”. También designaron una Secretaría Permanente cuya sede funcionaría en la ciudad de Quito, República de Ecuador, en el conocido monumento “La Mitad del Mundo”¹⁵.

Política Internacional. Brasilia, Brasil: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2010, p.151. PALESTINI CÉSPEDES, Stefano; AGOSTINIS, Giovanni. “Constructing regionalism in South America: The Cases of Transport Infrastructure and Energy within UNASUR”. Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper Nº RSCAS 2014/73. 2014, p. 3.

10 PALESTINI CÉSPEDES, Stefano; AGOSTINIS, Giovanni. Op. Cit., pp. 8-11. Véase también ARGENTINA. DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES DEL HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN. Opc. Cit., pp. 40-41.

11 OEA. *Comunicado de Brasilia*. Brasilia, Brasil, 1 de septiembre de 2000. Disponible en: <<http://ctrc.sice.oas.org/geograph/south/bracqs.asp>>

12 Consenso de Guayaquil sobre Integración, Seguridad, e Infraestructura para el Desarrollo Firmado en Guayaquil, Ecuador, 27 de julio de 2002.

13 La cumbre de Cusco fue seguida el 30 de septiembre de 2005 por la Primera Reunión de Jefes de Estado de la CSN en Brasilia. La Segunda reunión tuvo lugar en Cochabamba, Bolivia con el impulso de la firme posición asumida por Argentina, Brasil y Venezuela en la Cumbre de las Américas de Mar del Plata.

14 En esto, la Declaración del Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones (2004) se apoya “en lo pertinente en la resolución 59 del XIII consejo de ministros de la ALADI del 18 de octubre de 2004, y su evolución a fases superiores de la integración económica, social e institucional”.

15 Decisiones del Diálogo Político entre los Jefes de Estado y de Gobierno (2007).

La ‘Primera Reunión de Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno de Unasur’ se llevó a cabo en Brasilia el 23 de mayo de 2008. Ahí se trataron dos temas fundamentales: el texto del Tratado Constitutivo de la Unasur, y la propuesta brasileña de crear un consejo de defensa para América del Sur.

El significado de la integración siguió evolucionando en el segundo lustro del siglo XXI: se añadió a la lista de prerrogativas la necesidad de una mayor concertación política y una mayor acción colectiva de los países de la región.¹⁶ Como consecuencia de esta evolución, la Unasur fue concebida como una organización de integración regional con un modelo de gobernanza transversal; el Tratado Constitutivo de la Unasur trascendió la mera gobernanza comercial, y fue más allá de los aspectos políticos que ocupan típicamente a la OEA, para plantear una organización multidimensional, no disimilar a la lógica que impera en la Unión Europea (UE)¹⁷. En contraste, con las subregiones constituidas en acuerdos comerciales notificados a la OMC, el Tratado Constitutivo de la Unasur está registrado ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), misma organización internacional que reconoce a la Unasur en calidad de observador ante la Asamblea General¹⁸.

4. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA UNASUR

Es primordial decir que los procesos de adhesión, aprobación y ratificación de tratados internacionales, en su debida forma y no aquellos de aprobación abreviada, son procesos complejos en los que intervienen más de uno de los poderes del Estado. Históricamente el Poder Ejecutivo ha sido el encargado de la negociación y suscripción de tratados internacionales, siendo el presidente o presidenta de la república, a quien compete dirigir las relaciones internacionales de un Estado. En general, el Poder Legislativo tiene la facultad de aprobar los textos suscritos por el presidente o presidenta en ejercicio. En particular, ciertos textos constitucionales, en minoría numérica, otorgan alguna participación al Poder Judicial en ese proceso.

La complejidad de los procesos de aprobación de los tratados que requieren la intervención de más de uno de los poderes del Estado, se justifica en la participación democrática a través de la adopción de textos que pasan a integrar el bloque de legalidad o el ordenamiento jurídico de un Estado. En ese sentido, es importante distinguir que el cumplimiento de estos procesos y sus efectos jurídicos corresponden principalmente al ámbito del derecho

16 PEÑA, Félix. “Integración regional y estabilidad sistémica en Suramérica”. En CIENFUEGOS, Manuel; SANAHUJA, José Antonio (Eds.), *Una Región en Construcción: Unasur y la Integración de América del Sur*. Barcelona, España: Fundación CIDOB, 2010, p. 35.

17 Unasur constituyó una construcción regional mucho más multidimensional, su Tratado Constitutivo estableció que las naciones de la Unasur, [...] “afirman su determinación de construir una identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe”.

18 NACIONES UNIDAS. A/RES/66/109. Resolución aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 2011.

interno de los Estados.

En el transcurso de 2019 y 2020, varios Estados expresaron su intención de retirarse del Tratado Constitutivo de la Unasur, sin embargo, varios Estados no cumplieron esos procesos en conformidad con su derecho interno, o los completaron. Por ello, este análisis tiene el propósito de lograr una mayor comprensión de la situación actual de Argentina y Brasil dadas las manifestaciones públicas realizadas sobre las posibilidades de relanzar el proceso de integración. A continuación, este estudio indaga el derecho interno de esos Estados miembros en la observancia y cumplimiento de los procesos de denuncia; los efectos jurídicos que podrían alcanzar en el derecho internacional, y finalmente, los tratados internacionales aplicables en forma supletoria al caso en concreto.

A esa complejidad, se agrega el adicional de situaciones jurídicas no resueltas en los ordenamientos jurídicos nacionales debido a la falta de interpretación judicial de algunas normas constitucionales por tratarse de situaciones poco recurrentes y la insuficiencia de precedentes en la interpretación jurisdiccional de los procedimientos de denuncia en el derecho internacional. Estas condiciones de partida vislumbran un terreno fértil a la hora de realizar conclusiones y algunas propuestas de solución.

5. SITUACIÓN JURÍDICA DE ARGENTINA Y BRASIL EN RELACIÓN CON EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA UNASUR

5.1. República Argentina

En conformidad con la Figura 1 y en una interpretación favorable a las instituciones democráticas, la denuncia del Tratado Constitutivo de la Unasur no siguió los procedimientos constitucionales exigidos para la denuncia de los tratados de integración porque no fue aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso (art. 75 inc. 24).

Con relación a las declaraciones del entonces candidato a la presidencia y -luego en ejercicio de la presidencia de la República¹⁹- respecto de su voluntad de no abandonar la organización²⁰, es dable mencionar el art. 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en adelante, Convención de Viena, que dispone:

La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.

19 FERNÁNDEZ, Alberto. “La Unasur es lo que más le conviene a América Latina” *El Territorio*, 22 de octubre de 2020. Disponible en: <<https://www.eltterritorio.com.ar/noticias/2020/10/22/679737-la-unasur-es-lo-que-mas-le-conviene-a-america-latina>>

20 FERNÁNDEZ, Alberto. “La región tiene que volver a unirse”. *Agenhoy*, 22 de septiembre de 2019. Disponible en: <<https://www.agenhoy.com.ar/alberto-fernandez-la-region-tiene-que-volver-a-unirse/>>

Marco jurídico argentino y situación del país con relación a la Unasur		
Facultades del Poder Ejecutivo	Facultades del Poder Judicial	Situación actual
<p>Artículo 27: El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.</p> <p>Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.</p>	<p>Artículo 75.- Corresponde al Congreso:</p> <p>[...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. [...]</p> <p>24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.</p> <p>La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.</p> <p>La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.</p>	<p>Ley Nº 26.602, sancionada el 9 de junio de 2010, aprobó el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, suscrito en Brasilia, República Federativa del Brasil.</p> <p>El 16 de junio de 2010 se produjo su promulgación y ratificación a cargo del presidente de la Nación.</p> <p>En abril de 2018, Argentina, Colombia, Chile, Brasil, Paraguay y Perú comunicaron su decisión de no participar en las distintas instancias de la Unasur hasta que no se garantizara el funcionamiento adecuado de la organización.</p> <p>El 12 de abril de 2019, Argentina denunció el Tratado Constitutivo de Unasur mediante una comunicación dirigida a la República del Ecuador, en su carácter de depositario del tratado, y una nota al presidente pro tempore de la Unasur, el canciller del Estado Plurinacional de Bolivia.</p> <p>La Cancillería argentina emitió un comunicado de prensa (nº 145/19) anunciando que la decisión fue tomada “en el marco de la crisis que aqueja a ese organismo, manifestada en la acefalía de la Secretaría General por más de dos años, así como una agenda con alto contenido ideológico y muy alejada de sus objetivos iniciales y el desorden administrativo que prevaleció en la organización los últimos tiempos”²¹.</p>

Figura 1. Situación jurídica de Argentina en relación con el Tratado Constitutivo de la Unasur. Fuente: CEPR, Center for Economic and Policy Research. *Hacia una nueva Unasur. Vías de reactivación para una integración suramericana permanente*, 18 de octubre 2022.

21 Argentina, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina. *La Argentina se retira de la Unasur*. Información para la prensa n°145/19. Buenos Aires, 12 de abril de 2019.

A los efectos del derecho internacional, en virtud de lo establecido en la Convención de Viena (art. 68 de Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67), específicamente, en relación con que pueden ser revocadas las notificaciones sobre la denuncia de un tratado internacional en cualquier momento antes de que surtan efecto²², al no haber revocado esa notificación de denuncia, para el derecho internacional goza de efectos jurídicos.

Es decir, el Gobierno argentino se encontraba facultado para emitir una nota revocatoria de la notificación de denuncia en un plazo de seis meses desde esa comunicación irregular, en conformidad con el art. 24 del Tratado Constitutivo de la Unasur²³. Sin embargo, la revocatoria no fue realizada en el plazo de seis meses, cuyo vencimiento operó el 25 de octubre de 2019. Un nuevo gobierno asumió la presidencia el 10 de diciembre de 2019, 45 días después de la fecha en que la denuncia produjo efectos jurídicos en el derecho internacional.

Ahora bien, si no se cumplieron los procedimientos constitucionales correspondientes, ¿qué posibilidades debería considerar el gobierno argentino en el caso de querer adherirse a la Unasur? Los ordenamientos jurídicos nacionales plantean algunos vacíos en relación con esta temática en particular y las soluciones dependen de los regímenes jurídicos de revisión —sea en el fuero administrativo o judicial— de los actos administrativos que dieron origen a la denuncia.

En el caso argentino, la Ley N° 26.602²⁴ se declaró “extinta” por un acto administrativo unilateral y no por una ley posterior, como debiera ser en virtud del principio *lex posterior derogat priori*, más aún en el caso de los tratados de integración que tienen un trato preferencial del constituyente al requerir mayorías calificadas del Congreso en los supuestos de denuncia. No obstante, tanto en la cámara de senadores²⁵ como en la cámara de diputados constan las solicitudes de información²⁶ y rechazo al Poder Ejecutivo por la

22 NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (1969). Art. 68 de Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67: “Las notificaciones o los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 podrán ser revocados en cualquier momento antes de que surtan efecto”.

23 UNASUR. *Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas*. Art. 24 (En lo referenciado) [...] “La denuncia surtirá efectos una vez transcurrido el plazo de seis (6) meses desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Depositario”.

24 ARGENTINA. Ley n° 24.080. Fecha de extinción para la República de Instrumentos Multilaterales: Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 23 de mayo, 2019. [Último acceso: 12 de octubre, 2022] Disponible en: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/208074/20190523>>

25 ARGENTINA. CÁMARA DE SENADORES. *Proyecto de declaración que expresa preocupación por la decisión del gobierno nacional de suspender la participación de la Argentina en las distintas instancias de la unión de naciones sudamericanas (Unasur)*. Abril, 2018; *Proyecto de Declaración que repudia la decisión de retiro de la Argentina de la Unasur*, Número de Expediente 1058/19. 15 de abril de 2019 y Solicitud de información del Poder Legislativo argentino al Ejecutivo sobre las razones de la denuncia.

26 La respuesta argentina sólo hace una mención sucinta de los motivos de la denuncia centrados en la acefalía de la Secretaría General. Argentina. Jefatura de Gabinete. Respuesta

decisión unilateral²⁷. Asimismo, desde la órbita del Poder Judicial se plantea un nuevo interrogante: ¿sería posible declarar la nulidad del acto administrativo de denuncia de un tratado que no tuvo tratamiento legislativo?, ¿quién tendría legitimación para solicitarlo?²⁸.

Finalmente, es importante decir que la Constitución Argentina, en el art. 75 inc. 24, hace una distinción favorable a la validez y disposición de aprobación de los tratados con Estados de Latinoamérica. Esta vocación de integración latinoamericana es reiterada en la mayoría de los textos constitucionales de la región en virtud de la historia y destino común de los Estados. Por ello, si bien estos interrogantes deben ser decididos por las instituciones democráticas de la República Argentina, resultaría al menos incompatible con la Constitución Nacional que el Poder Ejecutivo, mediante un acto unilateral, no haya requerido una ley del Congreso para el tratamiento de la denuncia mediante el mismo procedimiento que fue requerido para su aprobación.

5.2. República Federativa de Brasil

La Constitución Federal de la República Federativa de Brasil contiene la vocación integracionista latinoamericana en el art. 4, segunda parte, párrafo único:

A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações²⁹.

La parte orgánica de la Constitución de la República Federativa de Brasil establece las funciones de Poder Ejecutivo y Legislativo en materia de tratados internacionales. (véase Figura 2)

En conformidad con el texto constitucional brasileño, es competencia exclusiva del presidente de la República celebrar los tratados, convenciones y actos internacionales, sujetos a aprobación del Congreso Nacional (art. 84, VIII de la Constitución Federal), y competencia exclusiva de éste último resolver

a la solicitud de información del Poder Legislativo argentino al Poder Ejecutivo sobre las razones de la denuncia del Tratado Constitutivo de la Unasur, 14 de marzo de 2019.

27 ARGENTINA. CÁMARA DE DIPUTADOS. Rechazo por la denuncia al Tratado Constitutivo de la UNASUR, 2019; Expresar repudio por la decisión del Gobierno argentino de abandonar 'Unión de Naciones Suramericanas - Unasur', 2019 y Proyecto de Declaración: Expresar preocupación por la decisión del Gobierno argentino de abandonar temporalmente la 'Unión de Naciones Suramericanas - Unasur', 2018.

28 Es importante señalar que, en 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos en el célebre caso "Halabi" y que, en 2015, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial reconoció legitimación a la "Asociación Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur" por un hecho o acto único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos y que de no reconocerse esa legitimación se violaría el derecho de acceso a la justicia.

29 Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Párrafo único del art. 4 referenciado: [...] La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones. (traducción libre)

en forma definitiva sobre tratados que impliquen cargas en el patrimonio nacional. En ese marco existieron propuestas legislativas en el Congreso brasileño para que se suspendan los efectos del decreto presidencial luego del correspondiente control del Legislativo. Sin embargo, no lograron ser discutidas en el pleno³⁰.

Por cierto, la acción unilateral del presidente mediante la emisión de un decreto presidencial resulta incompatible con el orden jurídico.. Deberán las autoridades democráticas brasileñas evaluar la pertinencia de simplemente derogar ese decreto por la emisión de un decreto posterior, en virtud del principio *lex posterior derogat priori*, o esperar los poco vigorosos tiempos de la justicia, ya que la causa por este tema se encuentra pendiente de solución en los tribunales de ese país. Es decir, por no haber cumplido el Ejecutivo el proceso constitucional de denuncia pertinente, el Partido Socialista Brasileño (PSB) presentó una acción de declaración de inconstitucionalidad del decreto 10.086/19 ante el Supremo Tribunal Federal. La acción de declaración de inconstitucionalidad se fundamenta en que el presidente violó el art. 84 de la Constitución Federal que establece la necesidad de aprobación por el Congreso Nacional de los tratados, las convenciones y actos internacionales³¹.

La acción presentada por el PSB, ADI 6544, tiene como precedente la acción de declaración de inconstitucionalidad, ADI 1.625, en la que se solicitó a la justicia la impugnación de la denuncia presidencial del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —y que se tramita en el Supremo Tribunal Federal desde 1997— en la que cinco magistrados, de los seis necesarios para obtener una decisión de mayoría —de los once magistrados— ya votaron en el sentido de la inconstitucionalidad del procedimiento³².

Estas acciones de inconstitucionalidad están pendientes de resolución en la justicia brasileña. De materializarse la declaración de inconstitucionalidad de la denuncia, el Gobierno de Brasil debería notificar a la Unasur que la justicia brasileña ha declarado de nulidad absoluta los procedimientos internos de denuncia.

El proceso de denuncia del Tratado Constitutivo de la Unasur fue *prima facie* inconstitucional. A pesar de ello, y hasta tanto asuma un nuevo gobierno con voluntad política de reintegrarse a la Unasur, o hasta tanto la justicia brasileña lo resuelva, el 18 de octubre de 2020, la denuncia del Tratado Constitutivo habría surtido efectos jurídicos en el plano internacional.

30 Brasil. Congreso. Proyecto de *Lei Decreto Legislativo*, 17 de julio de 2020.

31 Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 6544*, 2020.

32 Maurício Correia, Carlos Ayres, Joaquim Barbosa, Rosa Weber y Teori Zavascki, contra el voto apartado de Nelson Jobim.

Marco jurídico brasileño y situación del país con relación a la Unasur		
Facultades del Poder Ejecutivo	Facultades del Poder Legislativo	Situación actual
<p>SEÇÃO II. Das Atribuições do Presidente da República. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]</p> <p>VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional [...].</p>	<p>SEÇÃO II Das Atribuições do Congresso Nacional:</p> <p>Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...].</p>	<p>El Tratado Constitutivo de la Unasur fue incorporado al ordenamiento jurídico brasileño después de la aprobación del Congreso Nacional, por medio del Decreto Legislativo Nº 159/2011, cuya promulgación, por Presidencia de la República, a través del Decreto Nº 7.667/2012.</p> <p>El 15 de abril de 2019, Bolivia informó a la República Federativa del Brasil que realizaría el traspaso de la Presidencia Pro Tempore (PPT) de la Unasur.</p> <p>El 15 de abril de 2019, el presidente Jair Bolsonaro anunció que su país no asumiría la PPT y que denunciaría el Tratado Constitutivo de la Unasur.</p> <p>En noviembre, mediante la emisión del Decreto 10.086/19, se derogaron 250 normas que se desprendían del Tratado Constitutivo.</p>

Figura 2. Marco jurídico y situación actual de Brasil en relación a la Unasur.

Fuente: CEPR, Center for Economic and Policy Research. *Hacia una nueva Unasur. Vías de reactivación para una integración suramericana permanente*, 18 de octubre 2022.

6. SITUACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA UNASUR

El Tratado Constitutivo de la Unasur, en su art. 24, sobre Duración y Denuncia, establece:

El presente Tratado Constitutivo tendrá una duración indefinida. Podrá ser denunciado por cualquiera de los Estados Miembros mediante notificación escrita al Depositario, que comunicará dicha denuncia a los demás Estados Miembros.

La denuncia surtirá efectos una vez transcurrido el plazo de seis (6) meses desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Depositario.

La notificación de denuncia no eximirá al Estado Miembro de la obligación de pago de las contribuciones ordinarias que tuviere pendientes.

Estado actual del Tratado Constitutivo de la Unasur			
Estado Miembro	Fecha de Ratificación del Tratado Constitutivo	Fecha en que la Denuncia produce efectos jurídicos	Observación
Argentina	2 de agosto de 2010	25 de octubre de 2019 ³³	IRREGULAR
Bolivia	11 de marzo de 2009		VIGENTE
Brasil	14 de julio de 2011	18 de octubre 2019	IRREGULAR
Chile	22 de noviembre de 2010	14 de diciembre de 2019	NO VIGENTE
Colombia	28 de enero de 2011	Febrero 2019	NO VIGENTE
Ecuador	15 de julio de 2009	20 de diciembre 2019	NO VIGENTE ³⁴
Guayana	12 de febrero de 2010		VIGENTE
Paraguay	9 de junio de 2011	12 de octubre de 2019	NO VIGENTE
Perú	11 de mayo de 2010		VIGENTE
Surinam	5 de noviembre de 2010		VIGENTE
Uruguay ³⁵	30 de noviembre de 2010		NO VIGENTE
Venezuela	3 de marzo de 2010		VIGENTE

Figura 3. Estado actual del Tratado constitutivo de Unasur.

Fuente: CEPR, Center for Economic and Policy Research. *Hacia una nueva Unasur. Vías de reactivación para una integración suramericana permanente*, 18 de octubre 2022.

33 ARGENTINA. Ley n° 24.080. Fecha de extinción para la República de Instrumentos Multilaterales: Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 23 de mayo, 2019.

34 En el caso de Ecuador si bien fue irregular por carecer del dictamen previo de constitucionalidad de la Corte Constitucional, podría entenderse que quedó subsanado con el dictamen de la Corte Constitucional que así lo interpretó.

35 Uruguay anuncia el 10 de marzo de 2020 el inicio de los procedimientos internos para la denuncia del Tratado Constitutivo.

En 2009, el tratado fue ratificado por Bolivia y Ecuador; en 2010 por Guyana, Venezuela, Perú, Argentina, Chile y Surinam. El trámite se completó en 2011 con la ratificación de Uruguay, Colombia, Paraguay y Brasil. En conformidad con el art. 26, el Tratado Constitutivo entró en vigor el 13 de marzo de 2011, tras la novena ratificación depositada por Uruguay. El Tratado Constitutivo de la Unasur se encuentra registrado³⁶ en la Secretaría de Naciones Unidas y publicado en el sitio oficial de tratados internacionales de dicho organismo³⁷.

Las decisiones de denuncia adoptadas fueron realizadas sin prever los procedimientos que el mismo Tratado Constitutivo de la Unasur incluye para el arreglo amistoso o de solución de controversias (art. 21), el diálogo político (art. 14), o incluso el procedimiento de enmiendas (art. 25). Hasta se podría considerar la posibilidad de la suscripción de un nuevo tratado, en conformidad con el art. 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁸, en aplicación del principio *lex posterior derogat priori*.

Antes de analizar las posibilidades actuales, es importante aclarar que si bien en el presente trabajo, en coincidencia con el Tratado Constitutivo de la Unasur, los términos “denuncia” y “retiro” se utilizan en forma indistinta, no son sinónimos. En el derecho internacional la “denuncia” de un tratado es un término genérico aplicable tanto a tratados bilaterales como multilaterales, mientras que el “retiro” es un término que se emplea exclusivamente en el caso de los tratados multilaterales, como debiera emplearse para el caso de la Unasur. Los efectos jurídicos de retirarse, en el marco de un tratado multilateral, no producirán la terminación del tratado. Sin embargo, el efecto de la denuncia, en el caso de los convenios bilaterales, es el de la finalización del tratado³⁹.

Entre las fuentes jurídicas de Unasur, el Tratado Constitutivo enuncia, en el art. 11: “1.- el Tratado Constitutivo de la Unasur y los demás instrumentos adicionales; 2.- Los Acuerdos celebrados entre los Estados Miembros de Unasur sobre la base de los instrumentos mencionados en el punto precedente”. Así, el Acuerdo de Sede suscrito entre Unasur y Ecuador (en el art. 26), dispone que:

36 NACIONES UNIDAS. Treaty Collection, 2011; UNITED NATIONS. Certificate of Registration Nº 60733 May 3, 2011.

37 NACIONES UNIDAS. “Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas”. Treaty Series: Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. Nueva York, Estados Unidos: United Nations, 2016.

38 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) dispone en la Parte 1, Introducción, punto 5, que: Tratados constitutivos de organizaciones internacionales y tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional. La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización interna nacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.

39 ÁLVAREZ, Omar Alberto. “Derecho de los Tratados (Tercera Parte): Nulidad, suspensión, terminación, depósito, registro y publicación de los tratados”. En GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (Ed.). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Argentina: Errepar S. A, 2015, p. 204.

La donación del inmueble de la Sede permanente para el funcionamiento de la Secretaría General de la Unasur establecida en el artículo dos de este instrumento, se revertirá a favor de la República del Ecuador en los siguientes casos:

a) Si los países miembros deciden cambiar la sede de la Secretaría General de Unasur a otro país miembro; b) Si la República del Ecuador denuncia el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas; o, c) Si los países miembros deciden la terminación del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, la cual extinguiría este organismo regional.

Por lo que queda definido en forma explícita que la terminación es un acto por consenso de todos los Estados, situación que no ocurrió con la Unasur hasta la fecha. Esto significa que mientras existan dos Estados, como mínimo, que no hayan denunciado el tratado, el organismo regional tiene plena vigencia.

En el caso particular de la Unasur, el retiro de algunos de los Estados miembros no provocó la terminación del Tratado Constitutivo, sino que continúa plenamente vigente. Incluso, el art. 55 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que:

Reducción del número de partes en un tratado multilateral a un número inferior al necesario para su entrada en vigor. Un tratado multilateral no terminará por el solo hecho de que el número de partes llegue a ser inferior al necesario para su entrada en vigor, salvo que el tratado disponga otra cosa.

En ese sentido, el hecho de que el Tratado Constitutivo de la Unasur haya exigido un mínimo de ratificaciones por los Estados miembros tiene efectos únicamente para su entrada en vigor (art. 26). Cabe recordar que la Comisión de Derecho Internacional sostuvo que las partes son libres de decidir cuál es la forma concreta que adoptará el acuerdo que pone fin al tratado⁴⁰, siempre que no queden dudas acerca de su existencia. Además del consentimiento de todos los Estados parte del tratado, se requiere que se realice una consulta previa a los demás Estados contratantes.

Despejada la incógnita respecto de la vigencia del Tratado Constitutivo de la Unasur, debido a que se encuentra plenamente vigente, analizaremos las posibilidades para su relanzamiento.

40 NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. New York: Naciones Unidas, vol. II, parte II. 1982. p. 273.

7. CONCLUSIONES PRELIMINARES

7.1 Falta de consenso

Es importante destacar que la nota de la cancillería de Bolivia invitando a la reflexión a la Colombia fue un antecedente de la falta de consenso de los Estados, con relación a esta decisión de abandonar la organización⁴¹. La misma interpretación cabe a los esfuerzos realizados por Bolivia para lograr reactivar el organismo en reuniones informales del Consejo de Delegados realizadas el 20 y 21 de agosto de 2018 en Montevideo. En virtud de esas consideraciones fácticas debió darse inicio tanto a las búsquedas de consenso y diálogo político previstas en el art. 14 del Tratado Constitutivo de la Unasur como al mecanismo de solución de controversias previsto en el art. 21 del mismo tratado.

En ese sentido, el art. 54 de la Convención de Viena dispone:

La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) Conforme a las disposiciones del tratado; o b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

El procedimiento para alegar la denuncia o el retiro se encuentra regulado entre los artículos 65 a 68 de la Convención de Viena. El motivo es evitar o reducir el riesgo de declaraciones unilaterales promoviendo la aplicación y cumplimiento del principio general *pacta sunt servanda*, es decir, la estabilidad de los tratados internacionales y la seguridad jurídica.

En consonancia, el art. 65 prevé una serie de obligaciones de procedimiento que permiten que los Estados aleguen la terminación o suspensión de los tratados internacionales manteniendo un equilibrio entre los intereses del Estado que alega la causal y aquel que se opone. El procedimiento del art. 65 de la Convención de Viena:

Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado. 1. La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que esta se funde. 2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a

41 BOLIVIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL ESTADO PLURINACIONAL. “Comunicado Respecto al anuncio del gobierno de Colombia de retirarse de la Unión de Naciones Suramericanas – Unasur”, 12 de agosto, 2018.

tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto. 3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. 4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectara a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.

En el caso de Argentina y Brasil, que no aplicaron, en tiempo y forma, el art. 68 de la Convención de Viena, revocando el acto de denuncia viciado de inconstitucionalidad: ¿cabe la posibilidad de que alguno de los Estados integrantes de la Unasur alegue el vicio de consentimiento del Estado en relación a la forma que hizo la denuncia?, ¿podría interpretarse el llamado del Gobierno de Bolivia a rever la decisión como una objeción (o protesta) y dar inicio a un diálogo político consensuado de revisión de las irregularidades en la suspensión, denuncia, y falta los mecanismos de diálogo político?, ¿podría interpretarse la objeción del Gobierno de Bolivia e invitación a superar la coyuntura en vistas al objetivo primordial de la integración como la prueba explícita de la falta de diálogo político, consenso y voluntad de solucionar el conflicto en forma pacífica en pos de la continuidad del proyecto integracionista?

La Convención de Viena no especifica en qué forma debe efectuarse la “objeción”⁴², por lo tanto, sería aplicable únicamente la condición de que sea por escrito. En ese caso, la invitación de Bolivia a rever la decisión de suspensión del Tratado Constitutivo de la Unasur puede ser interpretada como una objeción.

Otro dato para considerar es que la Comisión de Derecho Internacional estima que, para la seguridad de las relaciones convencionales, sería normal que la “revocación” de un instrumento se efectuara con arreglo a las mismas formas que el instrumento mismo⁴³. Ahora bien, la misma Comisión considera que si se comparan estas reglas con las de los actos mediante los cuales un Estado se desliga de su obligación, se comprueba que la Convención de Viena es más exigente en este último caso. Esta mayor rigidez, y especialmente la desaparición de la dispensa de presentar plenos poderes⁴⁴ está fundada en la aplicación del principio rector del *pacta sunt servanda*.

42 NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Op. Cit. p. 70, párr. 5.

43 NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Op. Cit. p. 71, párr. 2.

44 NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Op. Cit. p. 70, párr. 5.

Es importante decir que los Estados podrían retomar el diálogo político zanjado con la voluntad intempestiva de los Estados de suspender la participación en la Unasur, y buscar una solución en miras al proyecto superador de la integración regional.

En el supuesto de considerar que existe vicio en la voluntad del Estado que no cumplió con el trámite legislativo, ¿podría un Estado parte de la Unasur solicitar que se declare la nulidad de la denuncia? Evidentemente sí.

También podrían iniciar los mecanismos de diálogo o solución de controversias los Estados que decidan revocar su propio acto unilateral de denuncia —en los supuestos que reciban el consentimiento expreso de los destinatarios— porque no se verían afectados derechos de terceros⁴⁵.

Lo mismo debe decirse respecto del acto de suspensión, ya que el Tratado Constitutivo de la Unasur no prevé el mecanismo y la posibilidad de suspensión del propio tratado. Por ello, debió realizarse con el consentimiento de todos los Estados parte. La Convención de Viena establece:

Artículo 57. Suspensión de la aplicación de un tratado en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes. La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada: a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes.

En ese sentido, la suspensión del Tratado Constitutivo tampoco tuvo validez para el derecho internacional público⁴⁶. Adicionalmente, debe esgrimirse que, durante el período de la suspensión, las partes deben abstenerse de realizar todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación de un tratado. Por esa razón, cualquier hecho, acto u omisión de naturaleza intencional destinado a obstaculizar la aplicación constituiría además una violación a la obligación de buena fe y al principio *pacta sunt servanda* (art. 72 de la Convención de Viena).

7.2. Vicio formal del consentimiento

El consentimiento es un requisito esencial para la suscripción de todo acuerdo entre partes, y en aquellos casos en que no alteren su sustancia tienen relación con una nulidad relativa del tratado que podría ser

45 LAVISTA, Verónica; MAKOWSKI, Gisela. “Actos Unilaterales del Estado (Primera Par-te)”. En GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (Ed.). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Erreius Buenos Aires, 2015, p. 246.

46 Venezuela no es parte de la Convención de Viena; sin embargo, sus disposiciones resultan actualmente aplicables a través de la costumbre internacional. Se reconoce que una norma de derecho internacional consuetudinario es vinculante para todos los Estados, hayan o no participado en la práctica de la que surgió. En la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de North Sea Continental Shelf (1969) entre Alemania y Dinamarca/ Países Bajos, la Corte analizó el proceso por el cual un tratado podría convertirse o generar una norma consuetudinaria, aplicable asimismo a la creación de la costumbre en general.

subsanaada posteriormente, en aplicación del principio *pacta sunt servanda*. El vicio formal en el consentimiento podría ser extensible a la facultad para denunciarlos, que también se regula por el derecho interno de los Estados. Sería cuestión de analizar lo que en el derecho internacional se conoce como el *treaty-making power*; es decir, *cuál* poder (órgano competente), y *cómo* (procedimiento) está facultado, en el presente caso, para denunciar un tratado.

En el caso de los Estados latinoamericanos esa facultad surge de los textos constitucionales, es decir, de la norma suprema. Ahora bien, si a lo que aspira el derecho internacional es proteger la validez de los tratados; entonces, ¿qué ocurre con el vicio de consentimiento en el procedimiento de denuncia de algunos Estados?, ¿es posible subsanar ese vicio con posterioridad?

La sección segunda de la Convención de Viena se refiere a la facultad de celebrar tratados. En ese sentido, el art. 46 dispone:

Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Es claro que, en el derecho internacional y en los términos de la Convención de Viena, existe una vocación de subsistencia de los tratados, como en los casos de restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento⁴⁷, dolo, error, coacción, etc., en cuyos casos se favorece la subsanación y validez del tratado, salvo casos verdaderamente graves. En ese mismo sentido, el art. 45 consagra la pérdida del derecho de alegar una causal de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado:

Artículo 45. Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado. Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo

47 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Art. 47. Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado. Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores.

por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 a 50 o en los artículos 60 y 62, si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.

He aquí nuevamente que el derecho internacional público protege la estabilidad de los tratados y que la interpretación de las normas tiende a la subsanación de los mismos para su plena vigencia. Debe decirse sobre este punto que la República Argentina ha hecho una reserva con relación a la aplicación del art. 45 inc b de la Convención de Viena. A saber:

Formúlense las siguientes reservas al ratificar la citada Convención: a) La República Argentina no considera aplicable a su respecto la norma contenida en el artículo 45, apartado b), por cuanto la misma consagra la renuncia anticipada de derechos. b) La República Argentina no acepta que un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes pueda alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él y, además, objeta las reservas formuladas por Afganistán, Marruecos y Siria al artículo 62, párrafo 2, apartado a) y todas las reservas del mismo alcance que las de los Estados mencionados que se presenten en el futuro sobre el artículo 62⁴⁸.

Sin embargo, nada impide a la utilización de los mecanismos de diálogo político y solución de diferencias previstos en el mismo Tratado Constitutivo, debido a que Argentina no reconoce la renuncia anticipada de derechos sino a una expresión manifiesta de la voluntad en ese sentido. Finalmente, en relación con las interpretaciones de los arts. 27⁴⁹ y 46 de la Convención de Viena, se refiere a la excepción que consagra el art. 46 como condiciones para alegar una violación del derecho interno: a) que la norma cuya violación se alega sea una disposición fundamental del derecho interno del Estado; b) que la norma se refiera específicamente a la competencia para celebrar tratados; c) que esa violación sea manifiesta⁵⁰. Esas condiciones habilitan a

48 ARGENTINA. Ley n° 24.080. Apruebase la "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados". Buenos Aires 3 de octubre de 1972.

49 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), art. 27. 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. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

50 ÁLVAREZ, Omar Alberto. Loc.Cit.

declarar la nulidad relativa con posibilidad de subsanarse.

El art. 56 de la Convención de Viena introdujo el principio de improcedencia de la denuncia al establecer que la denuncia o retiro serían improcedentes a menos que conste esa posibilidad en el texto o se deduzca por su naturaleza. A pesar de que el Tratado Constitutivo de la Unasur tiene una duración indefinida; como hemos visto, ha posibilitado la denuncia del tratado en su art. 24. Sin embargo, en virtud de la interpretación de los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena, ¿el derecho internacional podría amparar una denuncia con violación manifiesta a una norma fundamental de un Estado? En ese orden de ideas, si las constituciones nacionales son la ley suprema de todo Estado, ¿existe una norma de derecho interno que implique mayor gravedad en su incumplimiento que la propia Constitución?, ¿existe violación más manifiesta que omitir el escrutinio de la función del Estado que representa la voluntad de las mayorías y las minorías?

En conclusión, en una interpretación armoniosa del Tratado Constitutivo y la Convención de Viena (art. 46), los Estados podrían alegar que las denuncias se produjeron en violación manifiesta de su derecho nacional fundamental.

8. POSIBILIDADES ACTUALES Y FUTURAS

Una vez que hemos examinado las irregularidades en cuanto a la suspensión en la participación de los órganos de la Unasur, la ausencia de utilización de los mecanismos endógenos de diálogo político y solución de controversias, y los vicios de consentimiento para realizar la denuncia del Tratado Constitutivo de la Unasur, en aparente violación del derecho interno de los países, es necesario evaluar, por la subsistencia del Tratado Constitutivo del proyecto más ambicioso de integración regional suramericano, las posibilidades que a continuación se desarrollan.

El Tratado Constitutivo de la Unasur tiene una duración indefinida y se rige, por el principio rector del derecho de los tratados, *pacta sunt servanda* y buena fe. En ese sentido, resalta entre sus objetivos específicos el fortalecimiento del diálogo político (art. 3) según el cual los Estados miembros reforzarán la práctica de construcción de consensos y la solución pacífica de controversias.

En relación con la decisión de algunos Estados de “suspender” su participación en los órganos de la Unasur: al no estar prevista esa posibilidad en el Tratado Constitutivo —que sólo previó la denuncia—, debió recurrirse a la aplicación supletoria del art. 65 de la Convención de Viena que establece el procedimiento a seguir si cualquiera de las demás partes formulara una objeción. Ante ello, la convención establece que se deberá buscar una solución por medios pacíficos de arreglo de controversias. Si bien la convención menciona el art. 33 de la Carta de Naciones Unidas, el mecanismo propio de solución de controversias —para el caso en estudio— se encuentra previsto en el art. 21 del Tratado Constitutivo de la Unasur.

Una posibilidad para destrabar esa situación implicaba activar el mecanismo de solución de diferencias (art. 21 del Tratado Constitutivo) con la finalidad de que se interpreten las normas en conflicto y se logre un acuerdo entre las partes. Ante los disímiles argumentos esgrimidos para la suspensión y posterior denuncia del Tratado Constitutivo, es necesario decir que todos ellos podrían ser superados por el diálogo y la búsqueda de consensos mediante negociaciones directas entre los Estados, utilizando las soluciones previstas por el tratado.

Solución de Diferencias. Las diferencias que pudieren surgir entre Estados Parte respecto a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Tratado Constitutivo serán resueltas mediante negociaciones directas. En caso de no lograr una solución mediante la negociación directa, dichos Estados Miembros someterán la diferencia a consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma. En caso de no alcanzarse una solución ésta instancia elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión.⁵¹

En relación con los vicios de consentimiento al realizar la denuncia del Tratado Constitutivo de la Unasur (en aparente violación del derecho interno en el caso argentino y brasileño), se debe esgrimir que la objeción realizada por el Gobierno de Bolivia puede ser el puntapié inicial para que los problemas jurídicos encuentren soluciones institucionales endógenas mediante los mecanismos de diálogo político y solución de controversias.

Del mismo modo, si lo que se busca de ahora en adelante es un nuevo mecanismo de toma de decisiones y de designación de secretarios generales, debe iniciarse el procedimiento para enmendar el Tratado Constitutivo (art. 25). Ese artículo dispone:

Enmiendas. Cualquier Estado Miembro podrá proponer enmiendas al presente Tratado Constitutivo. Las propuestas de enmienda serán comunicadas a la Secretaría General que las notificará a los Estados Miembros para su consideración por los órganos de Unasur. Las enmiendas aprobadas por el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, seguirán el procedimiento establecido en el Artículo 26, para su posterior entrada en vigencia.

Resulta necesario decir que la entrada en vigencia de las enmiendas requiere el mismo procedimiento previsto para la aprobación del Tratado Constitutivo, lo que implicaría la aprobación de esas enmiendas por

51 UNASUR. Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, 2008, art. 21.

los parlamentos⁵². Sin embargo, el funcionamiento de la Unasur no se vería afectado hasta que esas enmiendas se vayan incorporando a los ordenamientos jurídicos nacionales, y se obtuviese su vigencia plena.

Finalmente, los Estados podrían acordar la suscripción de un nuevo tratado. El art. 59 de la Convención de Viena se refiere a la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior. En cuyo caso:

Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y: a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente. 2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

En este caso sería necesaria la voluntad de todas las partes de celebrar un nuevo tratado. En cuya situación habría que considerar que esta posibilidad resta importancia al histórico proceso de integración regional trazado por la Unasur, sus grandes aciertos y conquistas.

9. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El mecanismo de diálogo político y de solución de controversias previsto en el mismo Tratado Constitutivo parecerían ser la mejor solución por distintos motivos:

1.- El procedimiento de suspensión de participación en los órganos de Unasur y la denuncia del Tratado Constitutivo generaron conflictos jurídicos, dadas ciertas irregularidades manifiestas, que hasta la fecha no han sido resueltos.

2.- Los problemas jurídicos de interpretación normativa e incluso los conflictos político-institucionales en los procesos de integración regional deben ser resueltos en mecanismos endógenos; esto significa, en los propios mecanismos previstos por su marco normativo. El sistema de

⁵² UNASUR. Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, 2008, art. 26. "Entrada en Vigor. El presente Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas entrará en vigor treinta días después de la fecha de recepción del noveno (9°) instrumento de ratificación. Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Gobierno de la República del Ecuador, que comunicará la fecha de depósito a los demás Estados Miembros, así como la fecha de entrada en vigor del presente Tratado Constitutivo. Para el Estado Miembro que ratifique el Tratado Constitutivo luego de haber sido depositado el noveno instrumento de ratificación, el mismo entrará en vigor treinta días después de la fecha en que tal Estado Miembro haya depositado su instrumento de ratificación".

solución de controversias previsto en el Tratado Constitutivo prevé para ello un procedimiento específico que fortalecería la autonomía del proceso de integración.

Estas reformas se podrían iniciar paralelamente a la reactivación de las reuniones de los órganos de la Unasur.

El Tratado Constitutivo de la Unasur prevé la posibilidad de realizar enmiendas, opción que sería la adecuada en el caso de que los Estados que pretendan el relanzamiento de la Unasur no sean la totalidad de los Estados miembros, porque en ese caso podrían decidir la suscripción de un nuevo tratado, o mantener el tratado original con sus consiguientes enmiendas.

Como primera opción, y con el ánimo de conservar el tratado originario, el art. 25 del Tratado Constitutivo establece la posibilidad de realizar enmiendas:

Cualquier Estado Miembro podrá proponer enmiendas al presente Tratado Constitutivo. Las propuestas de enmienda serán comunicadas a la Secretaría General que las notificará a los Estados Miembros para su consideración por los órganos de Unasur.

Las enmiendas aprobadas por el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, seguirán el procedimiento establecido en el Artículo 26, para su posterior entrada en vigencia.⁵³

Si se decidiera optar por realizar enmiendas, bien porque no se cuenta con la totalidad de las voluntades de los Estados para suscribir un nuevo tratado o porque se pretende mantener el acervo histórico de la Unasur, es necesario saber que la entrada en vigencia de las enmiendas sigue la misma suerte que la entrada en vigencia de un nuevo tratado. Se podría relanzar la Unasur sin las reformas e incorporarlas al momento de la aprobación del depósito del instrumento de ratificación en función de las nuevas mayorías.

La segunda opción sería la suscripción de un nuevo tratado. Este, que sería una suerte de Tratado Constitutivo de la Unasur II, constituye una alternativa que tornaría más lento el proceso debido a que debería ser ratificado por todos los legislativos sin posibilidades de que paralelamente se pongan en funcionamiento los órganos de la Unasur. En ese caso, se aplica el principio jurídico de *lex posterior derogat priori* que con relación a los tratados internacionales se encuentra contenido en el art. 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y dispone:

Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y: a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o b) las

53 UNASUR. Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, 2008.

disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente. 2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes⁵⁴.

Los dos mecanismos para la instrumentación abordados, sea por enmiendas o por la suscripción de un nuevo tratado, son modificaciones propuestas que se originarían en las nuevas necesidades de la integración regional.

10. CONCLUSIÓN

Los procesos de integración subregionales como Mercosur y CAN no presentan contradicción, al contrario, se potencian. La articulación entre Unasur y Mercosur ha sido fundamental⁵⁵. Como hemos visto en este estudio, la creación de la CSN en 2004, que cambió su nombre a Unasur en 2007, buscaba justamente facilitar la convergencia entre la CAN y el Mercosur; es decir, construir sobre lo edificado y no borrar lo avanzado⁵⁶.

La Unasur goza de un Tratado Constitutivo que ofrece una mirada integral y multidimensional que no se limita a una sola misión sectorial de las necesidades de articulación de la región. El Tratado Constitutivo también responde a una visión centrada en la autonomía y en los derechos, lo cual constituye un legado fundamental. Frente a un sistema internacional marcado de nuevo por las rivalidades entre las grandes potencias, y de cara a los grandes retos del siglo XXI, la apuesta del Sur global debe ser la consolidación de bloques regionales que tiendan hacia una mayor autonomía estratégica. Solo una mayor articulación de las voluntades nacionales puede configurar un bloque suramericano capaz de tener algún peso a nivel multilateral y global y conseguir que sus demandas sean atendidas⁵⁷.

En términos económicos, la integración debe acompañar un proceso de transformación productiva y contribuir a un proceso de diversificación de la tradicional ultra especialización suramericana. Esta integración y

54 NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

55 MERCOSUR. La Decisiones del Consejo de Mercado Común de Complementación y articulación Mercosur-Unasur, que decidieron impulsar la articulación y complementación de las políticas, acuerdos y compromisos asumidos en el MERCOSUR, con las iniciativas de similar contenido desarrolladas en la UNASUR, a fin de optimizar los recursos, evitar la superposición de tareas y potenciar los esfuerzos desplegados en los esquemas de integración en América del Sur. Ver: Plan de Acción para el fortalecimiento de la Concertación Política en América del Sur adoptado por los Estados parte y Estados asociados del Mercosur en 2005

56 El Preámbulo del Tratado Constitutivo de la UNASUR establece que la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos del MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, para ir más allá de la convergencia de los mismos.

57 FORTIN, Carlos, HEINE, Jorge y OMINAMI, Carlos (2020). "Latinoamérica, no alineamiento y la segunda Guerra Fría". Foreign Affairs Latinoamérica, vol. 20, núm. 3, pp. 107-115.

diversificación productivas son fundamentales para lograr una paulatina industrialización de la región, mayores niveles de innovación, mayores componentes tecnológicos y cognitivos en las cadenas productivas, y, por ende, una mayor autonomía estratégica y mayor generación de riqueza para las economías suramericanas.

Por todas estas razones, creemos que la región debe maximizar la vigencia jurídica del Tratado Constitutivo, y que el camino para lograr ese objetivo es activar la letra del tratado mediante el diálogo político y la solución pacífica de conflictos. Esta herramienta cuyo ímpetu es el respeto a la institucionalidad, la democracia, el principio de igualdad entre los Estados, el principio de solución pacífica de controversias, entre otros, se encuentra aún en plena vigencia y su activación puede ocurrir cuando las voluntades de los Estados, que así lo deseen, lo consideren oportuno.

CONFLICTO DE INTERÉS Y FINANCIAMIENTO

Los autores declaran que el artículo de referencia no presenta conflicto de interés y no se cuenta con apoyo financiero para su elaboración y publicación.

CONTRIBUCIONES DE LOS AUTORES

El presente artículo fue elaborado en conjunto en la redacción de los temas, la versión final cuenta con la aprobación de ambos autores para su envío y publicación.

Las opiniones vertidas y los posibles errores cometidos en este artículo son responsabilidad exclusiva de sus autores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, Omar Alberto. "Derecho de los Tratados (Tercera Parte): Nulidad, suspensión, terminación, depósito, registro y publicación de los tratados". En GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvinia (Ed.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, Argentina: Errepar S. A, 2015.

ARGENTINA. CÁMARA DE DIPUTADOS. *Proyecto de Declaración: Expresar preocupación por la decisión del Gobierno argentino de abandonar temporalmente la 'Unión de Naciones Suramericanas - Unasur'*, 24 de abril, 2018. [acceso 22 de octubre de 2022]. Disponible en: <<https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=2336-D-2018>>

ARGENTINA. CÁMARA DE DIPUTADOS. *Proyecto de Declaración: Expresar repudio por la decisión del Gobierno argentino de abandonar 'Unión de Naciones Suramericanas - Unasur'*, 24 de abril, 2019. [acceso 12 de octubre

de 2022]. Disponible en: <<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=2034-D-2019>>

ARGENTINA. CÁMARA DE DIPUTADOS. *Rechazo por la denuncia al Tratado Constitutivo de la UNASUR, expresada en el Comunicado de Prensa 114/19 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de nuestro país*, 2019. [acceso: 12 de octubre, 2022]. Disponible en: <<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=2437-D-2019&tipo=RESOLUCION>>

ARGENTINA. CÁMARA DE SENADORES. *Número de Expediente 38/19. Respuesta al Pedido de Informe S-1324/18*, 2019. [acceso 12 de octubre de 2022]. Disponible en: <<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/38.19/PE/RP>>

ARGENTINA. CÁMARA DE SENADORES. *Proyecto de Declaración que repudia la decisión de retiro de la Argentina de la Unasur, Número de Expediente 1058/19*. 2019. [acceso 12 de octubre de 2022]. Disponible en: <<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1058.19/S/PD>>

ARGENTINA. CÁMARA DE SENADORES. *Número de Expediente 1324/18. Proyecto de Comunicación que solicita se informen las razones por las cuales el Estado argentino habría decidido abandonar la Unión de Naciones Suramericanas -Unasur- 2019*. [acceso 12 de octubre de 2022]. Disponible en: <<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1324.18/S/PC>>

ARGENTINA. CÁMARA DE SENADORES. *Proyecto de declaración que expresa preocupación por la decisión del gobierno nacional de suspender la participación de la Argentina en las distintas instancias de la Unión de Naciones Sudamericanas (Unasur)*. abril. 2018. [acceso 12 de octubre de 2022]. Disponible en: <<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2013.18/S/PD>>

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Santa Fe, Argentina, 1° de mayo de 1853.

ARGENTINA. DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES DEL HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN. *Miradas sobre la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) y la Comunidad de Estados de América Latina y el Caribe (CELAC)*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014. Disponible en: <<https://www.senado.gob.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/internacionales/publicaciones/unasurcelac.pdf>>

ARGENTINA. Ley Nº 19865. Fecha de extinción para la República de Instrumentos Multilaterales: Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 23 de mayo, 2019. Disponible en: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/208074/20190523>>

ARGENTINA. Ley n° 24.080. Apruebase la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”. Buenos Aires 3 de octubre de 1972. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 11 de enero de 1973. Disponible en:< <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-19865-217116>>

ARGENTINA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO DE ARGENTINA. *La Argentina se retira de la Unasur. Información para la prensa n°145/19*. Buenos Aires, 12 de abril de 2019. Disponible en: < <https://www.cancilleria.gob.ar/es/actualidad/noticias/la-argentina-se-retira-de-la-unasur>>

BOLIVIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL ESTADO PLURINACIONAL. *Bolivia retoma participación en ALBA, CELAC, y UNASUR*, 20 de noviembre, 2020. [Acceso: 12 de octubre, 2022] Disponible en:< <https://www.cancilleria.gob.bo/webmre/comunicado/4082>>

BOLIVIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL ESTADO PLURINACIONAL. *Comunicado Respecto al anuncio del gobierno de Colombia de retirarse de la Unión de Naciones Suramericanas – Unasur*, 12 de agosto, 2018. [Acceso: 12 de octubre, 2022] Disponible en: <<https://www.cancilleria.gob.bo/webmre/comunicado/2815>>

BONILLA, Adrián; LONG, Guillaume. “Hacia un nuevo regionalismo”. *Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador Íconos*. 2010, n° 38, pp. 23-28.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 6544*, 31 de agosto, 2020. [Acceso: 12 de octubre, 2022]. Disponible en: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5992935>>

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasilia, Brasil, 5 de octubre de 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

CONSEJO SURAMERICANO DE INFRAESTRUCTURA Y PLANEAMIENTO (CO-SIPLAN). Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (2022). “Misión”. Disponible en: < <https://www.iirsa.org/Page/Detail?menuItemId=119>>

COMUNIDAD ANDINA. *Declaración del Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones*. Realizada en la ciudad de Cusco, Perú, el 8 de diciembre de 2004. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/fd/200/200412/20041216_03_d.pdf>

COMUNIDAD ANDINA. “Secretario General y Presidente del Tribunal de Justicia de la CAN participaron en III Reunión sobre Convergencia de Mecanismos de Integración Subregional, organizada por UNASUR”. 25 de agosto de 2015. Disponible en: <<https://www.comunidadandina.org/notas-de-prensa/secretario-general-y-presidente-del-tribunal-de-justicia-de-la-can-participaron-en-iii-reunion-sobre-convergencia-de-mecanismos-de-integracion-subregional-organizada-por-unasur/>>

CUMBRE ENERGÉTICA SURAMERICANA (I). *Decisiones del Diálogo Político entre los Jefes de Estado y de Gobierno*. Realizada en Isla de Margarita, Venezuela el 16 de abril de 2007. Disponible en: <http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rp_margarita07_decisiones_del_dialogo_politico.pdf>

CUMBRE PRESIDENCIAL SUDAMERICANA (III). *Declaración del Cusco sobre la Comunidad de Naciones*. Firmado en la ciudad del Cusco, Perú, el 8 de diciembre de 2004.

FERNÁNDEZ, Alberto. “La región tiene que volver a unirse”, *Agenhoy*, 22 de septiembre de 2019. Disponible en: <<https://www.agenhoy.com.ar/alberto-fernandez-la-region-tiene-que-volver-a-unirse/>>

FERNÁNDEZ, Alberto. “La Unasur es lo que más le conviene a América Latina”. *El Territorio*, 22 de octubre de 2020. Disponible en: <<https://www.eltterritorio.com.ar/noticias/2020/10/22/679737-la-unasur-es-lo-que-mas-le-conviene-a-america-latina>>

FORTÍN, Carlos; HEINE, Jorge; OMINAMI, Carlos (2020). “Latinoamérica, no alineamiento y la segunda Guerra Fría”. *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol. 20, núm. 3, pp. 107-115.

LAVISTA, Verónica; MAKOWSKI, Gisela. “Actos Unilaterales del Estado (Primera Parte)”. En GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (Ed.). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Erreius Buenos Aires, 2015, pp. 239-245.

LONG, Guillaume. “A Unasul deve ser retomada? ”. Folha de São Paulo. 22 de abril de 2022. Disponible en: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2022/04/a-unasul-deve-ser-retomada.shtml>>

LONG, Guillaume; SUÑE, Natasha. *Hacia una nueva Unasur. Vías de reactivación para una integración suramericana permanente*. Washington, DC: Center for Economic and Policy Research, 2022. Disponible en: <<https://cepr.net/report/hacia-una-nueva-unasur-vias-de-reactivacion-para-una-integracion-suramericana-permanente/>>

MERCOSUR. CONSEJO DE MERCADO COMÚN. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC N° 24/12. Complementación y articulación Mercosur-Unasur*. Firmada en Mendoza, Argentina el 29 de junio de 2012. Disponible en: <https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/45125_DEC_024-2012_ES_Artic-MCS-UNASUR.pdf>

MERCOSUR. CONSEJO DE MERCADO COMÚN. *Decisión MERCOSUR CMC/DEC N° 32/14. Complementación y articulación Mercosur-Unasur*. Firmada en Paraná, Brasil el 16 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/56017_DEC_032-2014_ES_Comp%20y%20Artic%20MCS-UNASUR.pdf>

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*. Firmado en Asunción, Paraguay, el 26 de marzo de 1991. Disponible en: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/15511/1/tratado_de_asuncion.pdf>

MOLON, Alessandro. Projeto de Lei Decreto Legislativo: “Susta a Denúncia do Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL)”, 17 de julio, 2020. [Acce-so: 12 de octubre, 2022]. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ejqz0rpowvok1mv44eqqstmmv727612.node0?codteor=1914099&filename=PL+335/2020>

NACIONES UNIDAS. A/RES/66/109. Observer status for the Union of South American Nations in the General Assembly. 9 de diciembre de 2011. Disponible en: <<https://www.un.org/en/ga/66/resolutions.shtml>>

NACIONES UNIDAS. “Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas”. Treaty Series: Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. Nueva York, Estados Unidos: United Nations, 2016.

NACIONES UNIDAS. *Certificado de Registración N° 60733*. Nueva York, 3 de mayo de 2011. Disponible en: <<https://treaties.un.org/doc/Treaties/2011/03/20110311%2004-26%20PM/Other%20Documents/COR-Reg-48456-Sr-60733.pdf>>

NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena, Austria, 23 de mayo de 1969. Disponible en: < <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/pdf/vienna-convention-es.pdf>>

NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. New York: Naciones Unidas, vol. II, parte II. 1982.

NACIONES UNIDAS. Registro de Tratados, 11 de marzo de 2011. “Registration Number 48456, South American Union of Nations Constitutive Treaty”. Disponible en: < https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002802d4c72&clang=_en>

OEA. Comunicado de Brasilia. Brasilia, Brasil, 1 de septiembre de 2000. Disponible en: <<http://ctrc.sice.oas.org/geograph/south/bracqs.asp>>

OEA. Reunión Regional Preparatoria de la Conferencia de 2001 de las Naciones Unidas sobre el Comercio Ilícito de Armas Pequeñas y Armas Ligeras en todos sus aspectos. Declaración de Brasilia. Brasilia, Brasil, 24 de noviembre de 2000. Disponible en: <<https://www.oas.org/csh/spanish/c&tdecbrasilia.asp>>

PALESTINI CÉSPEDES, Stefano; AGOSTINIS, Giovanni. “Constructing regionalism in South America: The Cases of Transport Infrastructure and Energy within UNASUR”. Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper Nº RSCAS 2014/73. 2014. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458355>

PARLAMENTO DEL MERCOSUR. MERCOSUR/PM/SO/DECL.02/2018. Montevideo, 27 de abril de 2018. <https://www.parlamentomercosur.org/innova-de-abril-de-por-tal/file/14895/1/decl-02-2018.pdf>

PEÑA, Félix. “Integración regional y estabilidad sistémica en Suramérica”. En CIENFUEGOS, Manuel ; SANAHUJA, José Antonio (Eds.), Una Región en Construcción: Unasur y la Integración de América del Sur. Barcelona, España: Fundación CIDOB, 2010, pp. 23-44.

RIGGIROZZI, Pía . “Reconstructing Regionalism: What does Development have to do with it?”. En Riggirozzi, Pía y Tussie, Diana (Eds.), The Rise of Post-Hegemonic Realism: The Case of Latin America. London: Springer Dordrecht, 2012, pp. 17-39.

SARAIVA, Miriam Gomes. “Brazilian foreign policy towards South America during the Lula Administration: caught between South America and Mercosur”. Revista Brasileira de Política Internacional. Brasília, Brasil: Instituto Brasileiro

de Relações Internacionais, 2010, pp. 151-168.

REUNIÓN DE PRESIDENTES DE AMÉRICA DEL SUR (II). *Consenso de Guayaquil sobre Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo*. Firmado en Guayaquil, Ecuador, 27 de julio de 2002. Disponible en <http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rp_consenso_de_guayaquil.pdf>

UNASUR. *Declaración conjunta de la Unasur*. Firmada en Bariloche, Argentina el 28 de agosto de 2009. Disponible en:< http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rp_declaracion_conjunta_unasur.pdf>

UNASUR. *Declaración de la reunión extraordinaria del consejo de jefas y jefes de Estado y de Gobierno de Unasur*. Firmada en Quito, Ecuador el 5 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rp_ecuador14_Declaraci%C3%B3n_UNASUR_esp%20.pdf>

UNASUR. *Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas*. Firmado en Brasilia, Brasil, el 23 de mayo de 2008. Disponible en:< http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rp_brasilia08_cumbre_unasur_tratado_constitutivo.pdf>



Regional dispute resolution mechanisms: a tool available to States in democratic institutions. The case of the Union of South American Nations

Abstract: This study analyzes the legal situation of the Constitutive Treaty of Unasur after the denounced of the treaty made -or announced- by different member states; It explores the reasons that led to its creation and reflection on the current motives for the need for its subsistence as the only multidimensional legal framework towards a permanent South American integration. To reach its conclusions, it analyzes the internal procedures of denunciation of Argentina and Brazil; the status of its founding members in relation to the Constitutive Treaty of the organization; and the legal validity of the organization. The study concludes that the States had to resort to political dialogue and the dispute settlement mechanism provided for in the Constitutive Treaty - an option that is still in force - because it constitutes the ideal institutional mechanism to settle disputes between Unasur States.

Keywords: Denunciation of integration treaties; Dispute resolution mechanisms; Democratic institutionalality; Convergence.



Mécanismes régionaux de règlement des différends : un outil à la disposition des États dans les institutions démocratiques. Le cas de l'Union des Nations sud-américaines

Abstrait: Cette étude analyse la situation juridique du Traité Constitutif de l'Unasur après les dénonciations formulées -ou annoncées- par différents États membres ; Il décrit les raisons qui ont conduit à sa création et réfléchit sur les raisons actuelles de la nécessité de sa subsistance comme seul cadre juridique multidimensionnel vers une intégration sud-américaine permanente. Pour parvenir à ses conclusions, il analyse les procédures internes de dénonciations de l'Argentina et du Brésil ; le statut de ses membres fondateurs par rapport au Traité constitutif de l'organisation ; et la validité de l'organisation. L'étude conclut que les États ont dû recourir au dialogue politique et au mécanisme de règlement des différends prévu par le Traité Constitutif - option toujours en vigueur - car il constitue le canal institutionnel idéal pour débloquer les conflits.

Mots clés: Dénonciation des traités d'intégration ; Mécanismes de règlement des différends; Institutionnalité démocratique; Convergence.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Natasha Suñé - abogada por la Universidad Nacional de La Plata y Máster en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Se especializa en integración regional y solución de controversias en acuerdos regionales. Estuvo a cargo del Área Jurídica del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (2009-2015), actualmente es asesora jurídica en la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina. contacto: natasha_s1983@hotmail.com

Guillaume Long - investigador Senior del Center for Economic and Policy Research (CEPR.net) en Washington D.C. Ha sido ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del Ecuador, Ministro de Cultura y Patrimonio, ministro coordinador de Conocimiento y Talento Humano, y Representante Permanente del Ecuador ante las Naciones Unidas en Ginebra. Ph.D. de la Universidad de Londres en Política Internacional de América Latina. Es profesor invitado en Sciences po-Paris y Johns Hopkins University en Estados Unidos.

contacto: Long@cepr.net

Fuentes normativas y solución de controversias en los procesos de integración regional: de la intergubernamentalidad a la supranacionalidad¹

Fontes normativas e solução de conflitos nos processos de integração regional: da intergubernamentalidad à supranacionalidade

Camila Romero Villanueva * 

Godofredo Agustín Ortiz * 

* Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas. Buenos Aires, Argentina.

Resumen: En la dinámica regional, las relaciones económicas internacionales se desarrollan bajo distintas modalidades de integración. Estas pueden constituirse bajo objetivos económico-comerciales o bajo el objetivo de integración de un orden político. Para lograr tales cometidos los Estados deciden conformar un espacio común bajo modalidades de integración de tipo supranacional o intergubernamental. En consecuencia, los órganos e instituciones creadas en estos nuevos órdenes jurídicos pueden llevar acarreada la delegación de funciones públicas propias de los estados o simplemente quedar en colaboraciones intergubernamentales. El presente artículo busca exponer las diferencias entre tales metodologías de integración, analizando las fuentes normativas de sus ordenamientos jurídicos y los eventuales sistemas de solución de controversias. Para ello se tomó como casos de análisis los procesos de integración supranacionales de la Unión Europea y la Comunidad Andina de Naciones. Por otra parte, se tomaron como casos de estudio para el análisis de los procesos de integración intergubernamentales el de Mercado Común del Sur y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

1 El presente artículo forma parte del proyecto de investigación titulado "Incidencia del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC en la normativa de propiedad intelectual de los procesos de integración regional" del Instituto de Investigación de Ciencias Jurídicas USAL, bajo la dirección del Dr. Santiago Deluca. USAL/SIGEVA 80020200100083US.

E-mail: romerovillanuevacamila@gmail.com

Recibido: 20/10/2022. Aceptado: 10/11/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

Resumo: Na dinâmica regional, as relações econômicas internacionais são desenvolvidas sob diferentes formas de integração. Estes podem ser constituídos sob objetivos econômico-comerciais ou sob o objetivo de integrar uma ordem política. Para cumprir tais tarefas, os Estados decidem formar um espaço comum sob modalidades de integração supranacional ou intergovernamental. Consequentemente, os órgãos e instituições criados nesses novos ordenamentos jurídicos podem exercer a delegação de funções públicas típicas dos estados ou simplesmente permanecer em colaborações intergovernamentais. Este artigo busca expor as diferenças entre tais metodologias de integração, analisando as fontes normativas de seus ordenamentos jurídicos e os possíveis sistemas de resolução de conflitos. Para isso, foram tomados como casos de análise os processos de integração supranacional da União Europeia e da Comunidade Andina de Nações. Por outro lado, o Mercado Comum do Sul e o Acordo de Livre Comércio da América do Norte foram tomados como estudos de caso para a análise dos processos de integração intergovernamental.

Palabras clave: Integración regional; Derecho originario y derivado; Intergubernamentalidad; Supranacionalidad.

Palavras-chave: Integração regional; Direito originário e derivado; Intergubernamentalidade; Supranacionalidade.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de las relaciones económicas internacionales, la interdependencia existente entre los Estados da lugar a la conformación de procesos de integración regional.

Conceptualmente, esa integración regional comienza a partir del momento en que dos o más Estados deciden constituir una organización para administrar un espacio común suponiendo, en la gran mayoría de los casos, cierta proximidad geográfica, histórica, social y cultural previa que une a dichos países.

La integración regional puede configurarse en diversas fases, caracterizándose las primeras por ser exclusivamente de tinte económico-comercial², con creación de órganos comunes o instituciones superiores que administrarán el proceso de integración, para luego desarrollarse en distintos temas (desde migraciones y educación hasta justicia medioambiente, defensa y seguridad) y, en última instancia, desbordar el aspecto exclusivamente económico al dar lugar a la integración política.

La conformación de órganos comunes o instituciones superiores en un proceso de integración es –exteriormente– el elemento esencial que

² Consistiendo en diversos aspectos tales como aduanas, comercio intra y extra-bloque, revisión de derechos antidumping, medidas compensatorias, etc.

distingue a los dos tipos de procesos de integración: los intergubernamentales y supranacionales. Sin embargo, desde una óptica jurídica más profunda, sus elementos distintivos trascienden su organización de tipo administrativa, para entrar en el campo de la formación normativa y esquemas de solución de controversias.

Dicho ello, se pasará a comparar procesos de integración conformados bajo el ropaje jurídico-legal de una y otra modalidad, sobre la consideración de las premisas antedichas.

2. PROCESOS SUPRANACIONALES

En la dinámica de los procesos de integración de tipo supranacional, se debe poner en relieve que dicho carácter comprende un orden jurídico que no sólo se encuentra por encima del derecho interno de los Estados, sino que además debe su razón de existir en este mismo.

En tal sentido, los Estados, dentro del marco de un tratado internacional, se comprometen a sujetarse jurídicamente a un plexo normativo superior, con su propio ámbito de validez y vigencia, tanto espacial como territorial. Siempre en ejercicio de su soberanía, el Estado transfiere parte de las competencias propias de los poderes públicos - legislativas, ejecutivas y judiciales- en órganos supranacionales. Como resultado, se despliega una repartición y delegación de tales funciones entre el orden jurídico supranacional y el interno, dando origen a un sistema de normas jurídicas comunes a ambos ordenamientos, denominado derecho comunitario³.

Por su parte, ese orden jurídico cuenta con sus propias fuentes jurídicas, está dotado de órganos y procedimientos óptimos para emitirlos, interpretarlas y garantizar su vigencia a través de la posibilidad de confirmarlas y sancionar sus violaciones⁴.

Por un lado, la constitución de ese orden de integración supranacional cuenta con el objetivo común de representar una unidad de organización política y económica, bajo los términos y fines determinados en los tratados constitutivos⁵. Tal orden supranacional deriva de la integración y constituye el derecho positivo de una comunidad internacional. Este sistema supranacional

3 Es así que el tratado constitutivo de tal estructura debe incluir la inclusión de tales competencias de carácter supranacional. De hecho, en los supuestos en donde no existe tal atribución de competencias propias de los poderes públicos de sus estados miembros, la estructura queda bajo otro tipo de sistema de integración de tipo intergubernamental, sujeto a la voluntad de los estados en lo que respecta a la armonización de los ordenamientos jurídicos internos.

Al respecto se recomienda ampliar en DELUCA, Santiago. "El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea y Mercosur: ¿Principio de Legalidad de la Normativa Comunitaria?" *ED*, vol. 202, 2003; DELUCA, Santiago. "La Subsidiariedad y las Competencias de la Unión Europea y el Mercosur" *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 2004-2 y en *Revista Latinoamericana de Derecho*, vol. 4-2005..

4 Véase DUPU, Pierre Marie, KERBART, YANN. *Droit International Public*. Dalloz, Ed.15, 2020.

5 A modo ejemplificativo podemos mencionar: el objetivo de consolidación de una región organizada; o mismo el establecimiento de lazos de unión entre los pueblos de los diferentes estados.

del derecho comunitario posee características específicas, como el efecto directo y la primacía del orden jurídico comunitario y la irreversibilidad del compromiso contraído⁶.

Por otro lado, la formación normativa supranacional supone siempre un esquema de solución de controversias de tipo jurisdiccional de tinte judicial.

A continuación, se centrará el análisis en los casos de la Unión Europea (UE) y Comunidad Andina de Naciones (CAN) con el objeto de, en primer lugar, reflejar de qué modo se produce la formación de esta normativa y de sus respectivos principios. Y, en segundo lugar, se explicará cuál es el mecanismo previsto para asegurar el cumplimiento o respecto de tal plexo normativo comunitario, con su respectivo sistema de resolución de controversias.

2.1. UNIÓN EUROPEA

Bajo un objetivo común, la industria del carbón y el acero, en 1951 seis naciones europeas firmaron el Tratado de París, hecho que representó el primer paso para la integración del continente europeo. Esos mismos países firmaron seis años más tarde los Tratados de Roma que instituyen la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA)⁷. De este modo, se reforzaron los pilares de esta integración, así como la idea de un futuro común⁸.

Bajo ulteriores modificaciones en 1992 con el Tratado de Maastricht, en 1997 con el Tratado de Ámsterdam y finalmente en 2007 con el Tratado de Lisboa, esta unión devino en la institución que conocemos en la actualidad⁹.

De forma consecutiva y, según lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea (TUE), Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y sus protocolos, se desarrolla la creación del orden jurídico comunitario¹⁰.

2.1.1. Fuentes normativas

Las fuentes de derecho comunitario europeo se encuentran constituidas por el conjunto de normas jurídicas sobre las que reposa la propia Unión Europea.

6 Lo primero es la aplicación directa a los particulares del derecho comunitario supranacional. Lo segundo constituye la superioridad jerárquica de las normas del ordenamiento jurídico comunitario supranacional por encima de los ordenamientos jurídicos internos, incluso las constituciones.

7 El 25 de marzo de 1957.

8 Véase: BERTRAND, B. *Les nouveaux modes de production du droit en droit de l'Union européenne la dialectique du droit institutionnel et du droit matériel* (Droits européens), 2018. Al igual: FAVRET, J. *L'essentiel de l'Union européenne et du droit communautaire* (7e édition ed., Les Carrés Droit-Science politique). Paris: Gualino, 2006.

9 Véase FONTAINE, P. "12 lecciones sobre Europa", Comisión Europea, noviembre 2003. Al igual que MANGAS MARTÍN, A. & LIÑAN NOGUERAS, D.L., "Instituciones y Derecho de la Unión Europea", Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

10 Véase: Tratado de la Unión Europea (TUE) y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) con sus protocolos anexos.

Los principios del derecho de la UE¹¹ encuentran sus orígenes en el desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

De hecho, algunos de ellos fueron deducidos de la naturaleza misma de las comunidades. A modo de ejemplo, podemos mencionar el equilibrio institucional, la libre circulación, la libertad de competencia, el principio de no discriminación debido a la nacionalidad, entre otros¹².

De manera paralela, otros principios enunciados por el juez comunitario son calificados como principios de derechos fundamentales, que se deducen de la Convención Europea de Derechos del Hombre (CEDH) de 1950 o mismo de tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros. Entre estos podemos encontrar: los principios de contradicción, libertad de religión, derecho a la propiedad, respeto a los derechos de defensa, derecho a un juez, inviolabilidad del domicilio, legalidad, entre otros.

Dentro de este contexto, no podemos dejar de mencionar, el principio de subsidiariedad receptado en el artículo 5 del tratado de la unión europea, complementado a su vez, por el principio de proporcionalidad¹³.

Estas incluyen los tratados o actos asimilables a éstos, también conocido como derecho originario; los actos adoptados por las instituciones o actos derivados de estas; los acuerdos externos firmados a título de la Comunidad y la jurisprudencia.

2.1.1.1. Derecho primario u originario de la UE

Todas las acciones que emprende la UE se basan en los Tratados. Estos acuerdos vinculantes entre los Estados miembros establecen los objetivos de la UE, las normas aplicables a sus instituciones, la manera en que se toman las decisiones y la relación entre la Unión y sus integrantes. Toda legislación de la UE que tiene su origen en los Tratados recibe la denominación de “Derecho primario”.

Dentro de esta podemos mencionar: el tratado CECA, el tratado CE y Euratom; el acta única europea, tratado de Maastricht, de Ámsterdam y Niz; los tratados presupuestarios de 1970 y 1975; la Decisión 2007/436/CE del Consejo en materia de recursos propios; los tratados de adhesión a la

11 A tales efectos, véase artículo 6, apartado 3, del TUE.

Sobre los principios del derecho comunitario ver ISAAC, G., & BLANQUET, M. *Droit général de l'Union européenne* (10e édition), 2012.. Sirey, entre muchos otros.

12 Vease: CJCE 29 mai 1997, Kremzow, aff. C-299/95 ; 18 décembre 1997, Daniele Anibaldi, aff. C-309/96 ; TPI 29 janvier 1998, Edouard Dubois, aff. T-113/96 (Rec. II. 125) ; 19 mars 1998, van der Wal, aff. T-83/96 (Rec. II. 545). TPI 14 mai 1998, Mayr-Melnhof, aff. T.347/94 (Rec. II. 1751) ; 14 mai 1998, Enso Espanola SA, aff. T-348/94 (Rec. II. 1875) ; 22 octobre 1997, Stichting Certification, aff. jtes T-213/95 et T-18/96 (Rec. II. 1739). CJCE 15 décembre 1995, Bosman, (Rec. I. 4921). Même rédaction pour la liberté d'expression in CJCE 8 juillet 1999, Montecatini c/ Commission, aff. C-235/92 (Rec. I. 4539). CJCE 27 octobre 1976, Vivien Prais, aff. 130/75 (Rec. 1589). Nold (CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73). Rutili (CJCE, 28 octobre 1975, aff. 36/75, Rec. p. 1219).

13 PAPAPOULOU, R. *Principes généraux du droit et droit communautaire origines et concrétisation*. Athènes Bruxelles: Sakkoulas Bruylant. 1996, pp3.

institución; y las declaraciones en conjunto con los protocolos y diversos anexos a tales tratados¹⁴.

2.1.1.2. Derecho secundario o derivado de la UE

En lo que respecta al corpus legislativo que emana de los principios y objetivos de los Tratados se lo conoce como “Derecho derivado”.

Tal como se dispone en el artículo 288 del TFUE¹⁵, los actos jurídicos por los cuales se pronuncia la institución son: el reglamento, la directiva, la decisión, la recomendación y el dictamen.

Sin embargo, bajo los términos del tratado anteriormente citado, toda producción normativa de tal naturaleza debe ser realizada bajo los términos de las competencias conferidas por este mismo¹⁶.

De hecho, el reglamento, en un tipo de norma caracterizada por un alcance de carácter general y vinculatorio, con aplicación de efecto directo¹⁷.

En cuanto a la directiva, esta cuenta con un carácter obligatorio en lo que respecta al resultado perseguido. A diferencia del acto precedentemente mencionado, este cuenta con la libertad, en manos de las autoridades nacionales, respecto a la elección de la forma y de los medios.

La decisión, de carácter obligatorio también, se ocupa de la regulación de situaciones concretas y dirigida a destinatarios específicos.

Por último, la recomendación y el dictamen se encargan de ofrecer orientaciones en relación con la interpretación y el contenido del Derecho de la Unión.

2.1.2. Solución de controversias

En lo que respecta al sistema de protección jurisdiccional de derechos dispuesto por la UE, el Tratado sobre la Unión Europea (TUE) dispone en sus artículos 251 a 281 y siguientes tres órganos jurisdiccionales principales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal de Primera Instancia o Tribunal General en conjunto con los tribunales especializados¹⁸, y el Tribunal

14 Véase: cuerpo normativo UE. Disponible en: <https://europa.eu/citizens-initiative/how-it-works/regulatory-framework_es>

15 Artículo 288 (antiguo artículo 249 TCE) Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro Artículo 288 (antiguo artículo 249 TCE) Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

16 En otras palabras, se establece así el principio de atribución, el cual determina el límite a las competencias de la organización. Véase artículo 5 del TFUE. De este modo el TFUE precisa que el ámbito de aplicación de las competencias de la Unión se encuentra clasificadas en tres categorías: competencias exclusivas (artículo 3), competencias compartidas (artículo 4) y competencias de apoyo (artículo 6).

17 Este mismo garantiza la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros.

18 Los cuales podrán ser creados por decisión del Consejo y del Parlamento Europeo, previo dictamen del TJUE y de la Comisión; siempre y cuando el proyecto no sea el resultado de la

de la Función Pública¹⁹. Entre tales instituciones, el Tribunal de Justicia ha demostrado ser uno de los principales motores en el proceso de integración europea. De hecho, esto puede ser evidenciado a lo largo de los años a través de sus diversos pronunciamientos²⁰.

Esta institución compuesta por 27 jueces y 8 abogados generales nombrados de común acuerdo por los gobiernos de los países miembros se encarga en su función principal de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados y normas derivadas. En este sentido, el Tribunal cuenta con una competencia de atribución, en donde solo puede intervenir en aquellos casos, en los cuales se haya previsto expresamente por los tratados originarios. En este aspecto, sus competencias sólo se extienden al derecho de la UE, salvo que los tratados dispongan lo contrario²¹.

Sin embargo, el TJUE adopta también una competencia de tipo prejudicial general en lo que respecta al espacio de libertad, seguridad y justicia²². De hecho, en materia de orden público en el ámbito de los controles transfronterizos el tribunal ejerce una preponderante función al momento del planteo de cuestiones prejudiciales. Pero, por otra parte, sus pronunciamientos, en el ámbito prejudicial, cuentan con un carácter obligatorio en lo que respecta a la cooperación judicial y policial en el ámbito penal.

Como competencia excepcional, tal institución cuenta con competencia en materia de política exterior y seguridad común (PESC), para controlar la delimitación entre las competencias de la Unión y la PESC, siempre y cuando la ejecución de esta última no afecte el ejercicio de las competencias de la UE.

En términos generales podemos decir que los principales procedimientos y recursos que se desarrollan ante el TJUE son los siguientes: procedimiento de infracción de tratados (art. 258 TFUE), recurso de nulidad (art. 263), recurso por omisión (art. 265 TFUE), procedimiento de indemnización por perjuicios (art. 268 TFUE), recursos de los funcionarios

iniciativa de esta última.

19 Vease RIPOL CARULLA, Santiago. *“Las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en regulación del Tribunal de Justicia.”*, en FERNANDEZ Liesa, C., y DÍAZ, BARREDO, C., El tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas, Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos, Francisco de Vitoria, Dykinson S.R.L, Madrid, 2008.

20 Esto mismo puede ser evidenciado en los casos Costa/ENEL (sentencia del 15 de julio de 1964) en donde se define por primera vez las nociones sobre el derecho comunitario como sistema independiente que prevalece sobre las disposiciones legales nacionales, estableciendo el principio de la primacía del Derecho de la UE. Otro ejemplo, se evidencia en la sentencia del caso Van Gend & Loos de 5 de febrero de 1963 en donde se estableció el principio de que la legislación de la Unión era directamente aplicable en los tribunales de los Estados miembros.

21 Ampliar en MOLINIER, J., & LOTARSKI, J. *Droit du contentieux de l' Union européenne* ([3e édition]). LGDJ, 2010.

22 Reforma introducida por el tratado de Lisboa debido a la supresión de los artículos 35 UE y 68 CE.

(art. 270 TFUE), procedimiento prejudicial (art. 267 TFUE)²³.

Tal como mencionamos anteriormente, la mayor actividad del tribunal se concentra en la función prejudicial. A través de este mecanismo, el ciudadano se encuentra dotado de un instrumento eficaz para lo que significa el control de la normativa de la UE y ante los casos de incompatibilidad entre el orden interno y las normas europeas, el acceso a la justicia presentando su petición ante un tribunal nacional. Usualmente, el juez nacional se dirigirá ante el TJUE, bajo la condición de que haya una petición en curso, con legitimación; y como consecuencia tal pronunciamiento con efecto vinculante.

2.2. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

A mediados de los años 60 se inicia en la región Andina de América Latina una serie de declaraciones entre algunos países de la región para la formación de distintos bloques que atendieran las peculiaridades regionales producto de los problemas económicos. Tomando las bases de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) para pensar en la incorporación a un Mercado Común Latinoamericano se emitió la Declaración de Bogotá en 1966.

Sin embargo, no fue hasta fines de los años sesenta, que se iniciaron rondas de negociaciones con el objetivo de la constitución de una unión aduanera, conocida como Comunidad Andina de Naciones (CAN). El instrumento que dio origen a la institución, se remonta al 26 de mayo de 1969, cuando un grupo de países sudamericanos de la región (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) suscribieron el Acuerdo de Cartagena, también conocido como “Pacto Andino”. Con los objetivos de promover el desarrollo equilibrado de los países miembros, acelerar su crecimiento y facilitar el proceso de integración de la región en miras de lograr una mejora de la vida de los habitantes, es que se construyó el orden jurídico del bloque. No debemos dejar de mencionar que tal bloque sufrió ulteriores modificaciones a raíz de su desarrollo y perfeccionamiento de sus finalidades; a modo de ejemplo podemos mencionar: El protocolo de Quito en 1987, el Protocolo de Trujillo y Cochabamba en 1996 y el Protocolo de Sucre en 1997²⁴.

2.2.1. Fuentes normativas

Tal como hemos mencionado con anterioridad los procesos de integración supranacional, como lo es el caso de la Comunidad Andina de Naciones, implican en la constitución del orden supranacional una bifurcación entre derecho originario y derecho derivado de las instituciones que suelen constituir tal bloque.

El impulso al desarrollo del mercado y del comercio andino, desarrollo

23 Ampliar en MOLINIER, J., & LOTARSKI, J. *Droit du contentieux de l' Union européenne* ([3e édition]). Paris: LGDJ, 2010.

24 ÁLVAREZ, Gonzalo; CZAR de ZALDUENDO, Susana; FERNÁNDEZ VILA, Maria Fernanda; LEITA, Francisco; NEGRO, Sandra. LEITA Francisco, NEGRO Sandra C. (Directores). *Derecho de la integración manual*. Buenos Aires- Montevideo: Euros B de F, Capitulo V, 2010.

de nuevas oportunidades de inclusión económica, avance hacia la reducción de las asimetrías al interior de los Países Miembros, son algunos de los objetivos por los cuales los Estados de la región andina tomaron la decisión de integrar tal espacio regional.

Sin embargo, para poder alcanzar tales fines, el orden jurídico de la Comunidad Andina de Naciones se desarrolló sobre las bases de ciertos pilares: autonomía, primacía y aplicación inmediata con efecto directo y completo del derecho comunitario andino. En gran parte, estos mismos, encuentran su fundamento, no solo en la literalidad del cuerpo normativo, sino también en numerosas sentencias e interpretaciones prejudiciales dictadas por el Tribunal Andino de Justicia.

En tal sentido, si tomamos, lo estipulado en el artículo 4 (cuatro) del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena: “Los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”²⁵.

De tal articulado podemos deducir que a partir de los principios antes mencionados, los Estados Miembros cuentan con dos obligaciones cardinales: por un lado la obligación de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento con las normas que conforman tal ordenamiento. Y, por otro lado, la obligación de no hacer la cual, en la misma línea, el estado miembro no debe adoptar medidas que pudiesen ser contrarias a dichas normas y obstaculicen la aplicación de las mismas ²⁶.

De forma complementaria, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso 34-AI-2001 Secretaría General c/ República del Ecuador, sostuvo que, dentro del proyecto integracionista, en donde las características principales son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo, el derecho andino constituye un derecho único para toda la subregión que ha de aplicarse de forma homogénea y que ha de prevalecer por sobre el derecho nacional²⁷.

Bajo tales términos y principios, cuando un estado miembro incumple con lo acordado en el tratado constitutivo o en algún otro de los instrumentos jurídicos andinos, cabe la puesta en marcha de lo normado respecto de la acción de incumplimiento.

25 Véase Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

26 ÁLVAREZ, Gonzalo; CZAR de ZALDUENDO, Susana; FERNÁNDEZ VILA, María Fernanda; LEITA, Francisco; NEGRO, Sandra. LEITA Francisco, NEGRO Sandra C. (Directores). *Derecho de la integración manual*. Op. cit. pp 134-137

27 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 34-AI-2001, publicado en la G.O.A.C. n°839, de 25 de septiembre de 2002. Véase también: Proceso 1-AI-2001, publicado en la G.O.A.C. n°818, de 23 de julio de 2002, Secretaría General c/República Bolivariana de Venezuela y Proceso 7-AI-99, publicado en la G.O.A.C. n°520, de 20 de diciembre de 1990, Secretaría General c/ República del Perú.

A los efectos de continuar con nuestro análisis, procederemos en un primer término con el derecho originario de tal institución y seguidamente procedemos con el contenido del derecho conocido como derivado.

2.2.1.1. Derecho originario u primario de la Comunidad Andina de Naciones

De acuerdo con lo establecido en el artículo primero del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las normas que constituyen el orden jurídico originario son: el Acuerdo de Cartagena, con sus eventuales protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus protocolos modificatorios.

2.2.1.2. Derecho derivado o secundario de la Comunidad Andina de Naciones

En lo que respecta al derecho derivado en el proceso de integración andino esta cuenta como protagonista a los actos jurídicos conocidos como *decisiones*. Se entiende por esta toda norma jurídica que emana de uno de los procesos de integración, la cual cuenta con carácter obligatorio para todos los Estados miembros²⁸.

En el mismo orden de ideas, otro acto jurídico integrante de tal categoría de normas son las *directrices*, las cuales en gran parte son emitidas por el Consejo Presidencial Andino y abarcan los diversos ámbitos de la integración subregional andina.

Por último, las *resoluciones* de la Secretaría General de la Comunidad Andina y los convenios de complementación industrial, forman parte del plexo normativo del bloque regional. De hecho, si observamos lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 200-AI- 2005 se indicó que según lo dispuesto de forma explícita en los términos del artículo I del tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina : “(...) *las decisiones del consejo andino de ministro de relaciones exteriores y de la comisión de la comunidad andina, así como las resoluciones de la secretaría general, forman parte del ordenamiento jurídico de la comunidad (..)*”²⁹.

2.2.3. Resolución de controversias

Desde el punto de vista institucional, los dos principales órganos que cumplen un rol fundamental en el sistema de resolución de controversias son: la Secretaría General y el Tribunal de Justicia. Uno cuenta con un carácter

²⁸ A modo de ejemplo, podemos mencionar el caso del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores quienes manifiestan su voluntad a través de las declaraciones y decisiones.

²⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en el Proceso N° 43-AI-2000 del 10 de marzo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1079 del 07 de junio de 2004. Recuperado: Acción de Incumplimiento – Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (tribunalandino.org.ec). Acceso 29 de julio de 2022.

ejecutivo, mientras que el otro se trata de un órgano de tipo jurisdiccional.

En lo que respecta al rol empleado por la Secretaría General, esta cuenta con una intervención en el marco de la acción de incumplimiento en conjunto con una función de tipo arbitral. Tal órgano ejecutivo ejerce su jurisdicción a través del examen de reclamaciones relacionadas con incumplimientos, restricciones y gravámenes, salvaguardias, dumping, subvenciones y libre competencia.

La Secretaría General ejerce su poder jurisdiccional mediante el arbitraje administrativo, en donde los particulares afectados someten las controversias respecto a la aplicación e interpretación de asuntos de carácter privado regidos por derecho andino. Esta competencia, se desprende de lo estipulado en el Acuerdo de Cartagena en sus artículos 29, 30 y ss., complementados a su vez, por lo dispuesto dentro del Reglamento de la Secretaría General. Todo pronunciamiento realizado por tal órgano toma la forma de laudo arbitral con carácter obligatorio e inapelable, el cual es fundamentado en criterios de equidad³⁰.

Por su parte, el Tribunal de Justicia interviene en el ejercicio de su función jurisdiccional a través de las diversas acciones, tales como: la acción de nulidad³¹, acción de incumplimiento³², interpretaciones prejudiciales³³, recursos por omisión³⁴ y así como para aquellas acciones de índole laboral³⁵.

En este orden de ideas, debemos poner en evidencia que el órgano en cuestión también cuenta con la posibilidad de desempeñar una función arbitral en determinado tipo de controversias suscitadas tanto entre los particulares afectados como los estados miembros.

Sin embargo, a título general, el Tribunal tendrá a su cargo, el control respecto al cumplimiento de las obligaciones asumidas en los tratados base, y la ulterior facultad de exigir al juez nacional la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los incumplimientos a tales obligaciones. El rol ejercido por este órgano será de velar por el control de legalidad del sistema andino y la correcta interpretación y aplicación de las normas que constituyen el plexo normativo comunitario.

30 Véase: MOYA DOMINGUEZ, M. *Derecho de la integración MERCOSUR : Instituciones y fuentes Unión Europea y Comunidad Andina : Estudio comparado*. Buenos Aires: EDIAR, 2006. Véase también: LINARES, A. *Aspectos jurídicos de los sistemas de integración económica* , Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1969.

31 Ver artículos 17 a 22 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

32 Ver artículos 23 a 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

33 Ver artículos 32 a 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

34 Ver artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

35 Ver artículo 40 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

3. PROCESOS INTERGUBERNAMENTALES

Como fue referido supra, en el diseño fundacional de los procesos de integración económica regional los Estados pueden delegar ciertas competencias legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales nacionales en instituciones de carácter supranacional, dando lugar a un proceso de integración supranacional o comunitario, o bien sin delegar dichas competencias y constituyendo únicamente órganos de integración, dando lugar a un proceso de integración intergubernamental o interestatal³⁶.

Por un lado, y a diferencia de los procesos supranacionales analizados en el capítulo II, en los intergubernamentales si bien existe un orden jurídico superior al estatal en virtud de los principios de primacía y autonomía del derecho de la integración, no se verifican aquellos de efecto directo, aplicación inmediata y responsabilidad del Estado. Este tipo de proceso de integración manifiesta la centralidad de la cooperación y consenso de todos los Estados Partes que se evidencian tanto en los esquemas de formación jurídica como en los sistemas de solución de controversias.

Por otro lado, resulta necesario remarcar que estos esquemas de solución de disputas responden a una necesidad de otorgar una tutela jurisdiccional a los Estados Partes y particulares afectados cuando estuviere en juego alguna norma del proceso de integración, dando dinamismo y correcta aplicación a las fuentes normativas para no permanecer estáticas.

El análisis de los procesos intergubernamentales se centrará en los casos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), siguiendo la metodología empleada en el punto 2.

3.1. MERCOSUR

El 26 de marzo de 1991 en la ciudad de Asunción, los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron el Tratado “para la Constitución de un Mercado Común entre las Repúblicas: Argentina, Federativa del Brasil, Paraguay y Oriental del Uruguay”³⁷, dando nacimiento definitivo al MERCOSUR.

A los fines de analizar el régimen jurídico de este proceso de integración, resulta fundamental tener en consideración que los Estados Partes nunca pretendieron delegar sus competencias legislativas, ejecutivas o judiciales en instituciones supranacionales ya que el MERCOSUR es esencialmente “*un acuerdo entre gobiernos para ser aplicado por ellos, y nada puede hacerse en el Mercosur sin el acuerdo de los países miembros, ni tampoco contra su voluntad*”³⁸.

36 SOTO, A; GONZÁLEZ, F. *Manual de Derecho de la Integración*. Buenos Aires:La Ley, 2017, p. 220.

37 MERCOSUR. *El Tratado de Asunción, en adelante TA*. Firmado en Asunción el 26 de marzo de 1991.

38 MARZORATTI, O. *Derecho de los negocios internacionales*, Tomo 1, 3ª ed. Buenos Aires Astrea, p. 265, 2003.

2.1.1. Fuentes normativas

El derecho del MERCOSUR está compuesto por tres fuentes³⁹: el TA, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; los Acuerdos celebrados en el marco del TA y sus protocolos; y las normas de los órganos con capacidad decisoria⁴⁰, es decir, las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC), las Resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM).

Este plexo normativo del MERCOSUR⁴¹ se caracteriza por adecuarse a la naturaleza intergubernamental de tales órganos con capacidad decisoria. En efecto, son normas emanadas de órganos interestatales, dirigidas a los gobiernos de los Estados Partes y proyectadas para poner en marcha la cooperación intra-zona.

La dinámica de este plexo normativo del MERCOSUR nace de los objetivos fundacionales acordados en el art. 1 del TA y son, en sí mismas, de carácter programático puesto que requieren requiere de otra norma que reglamente su ejercicio, es decir de acuerdos ulteriores específicos –normas operativas⁴²– para que los Estados Partes cumplan con dichas finalidades por medio de políticas concretas⁴³.

En cuanto a los caracteres del derecho del MERCOSUR, sin perjuicio del manifiesto silencio tanto en el TA como en el POP sobre esta cuestión, el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) por vía pretoriana confirmó que en el derecho de la integración del MERCOSUR se verifican los principios de primacía y autonomía⁴⁴.

Así, el TPR reconoció explícitamente *“la primacía o jerarquía superior de la normativa Mercosur desde su incorporación o internalización sobre la norma interna dentro del ámbito de su competencia”*⁴⁵, que ésta goza

39 MERCOSUR. Protocolo Adicional al Tratado de Asunción de 1994 sobre la Estructura Institucional del Mercosur - Protocolo de Ouro Preto (POP), Art. 41.

40 Ver POP, Art. 1. El POP creó, asimismo, la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), posteriormente reemplazada por el Parlamento del Mercosur o Parlasur en 2007, y el Foro Consultivo Económico-Social (FCES) y la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM), pero sin conferirles capacidad decisoria.

41 Disponible en: <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>. La República del Paraguay es el Estado Parte encargado del depósito internacional de todos aquellos tratados, protocolos y acuerdos tanto de derecho originario como derivado celebrados en el marco del MERCOSUR.

42 El derecho originario debe interpretarse a la luz del derivado. En este sentido, resultan de suma importancia las reglas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) suscripta el 23 de mayo de 1969 y vigente en los cuatro Estados Partes del MERCOSUR.

43 Por ejemplo, el establecimiento de un espacio de libre circulación de personas, mercaderías, servicios y capitales estará sujeto a las normas de derecho derivado que regularán cómo se interpretarán y aplicarán las normas de cada Estado Parte en materia aduanera, comercial o sanitaria, limitando el alcance del derecho primario.

44 Principios cuyos fundamentos basilares y desarrollo jurisprudencial tienen origen en aquellos del derecho comunitario europeo, hoy derecho de la UE.

45 TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. Opinión Consultiva 1/08 “Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”, solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1º turno IUE 2-32247/07, considerandos

desde su vigencia “*absoluta autonomía e independencia del ordenamiento internacional*”⁴⁶.

En cambio, no son aplicables los principios de efecto directo y de aplicación inmediata de las normas comunitarias⁴⁷ ya que, al tratarse de un proceso intergubernamental, no existe una delegación de competencias legislativas en instancias supranacionales, como sí ocurre en la UE o la CAN. Por último, tampoco se replica en el MERCOSUR el principio de responsabilidad del Estado⁴⁸ por la falta de incorporación interna de las normas de integración⁴⁹.

La enumeración de las fuentes normativas fue objeto de interpretación por parte del Tribunal Arbitral Ad-Hoc del Mercosur (TAH) en el Laudo 05/2001 sobre la controversia argentino-uruguaya sobre restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo⁵⁰, en el cual reconoció que estas fuentes se dividen en dos clases de normas: derecho originario⁵¹ y de derecho derivado⁵². A estas se le pueden sumar las de naturaleza *sui generis* o atípicas.

3.1.1.1.- Derecho originario o primario del MERCOSUR

Es el núcleo normativo fundamental, las columnas constitutivas del proceso de integración o “normas constitucionales de la comunidad”⁵³. Poseen carácter jurídico-internacional⁵⁴.

En primer orden, el derecho originario del MERCOSUR está conformado por el TA, el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias (PB) de 1991 –reemplazado en 2002 por el Protocolo de Olivos –PO– para la Solución de Controversias en el Mercosur, el POP y el Protocolo de Ushuaia (PU) de 1996⁵⁵.

31 y siguientes.

46 Ídem.

47 TJCE, sentencia del 5 de febrero de 1963 “Van Gend En Loos”.

48 Principio desarrollado por el TJCE en la sentencia “Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana” del 19 de noviembre de 1991.

49 Dos motivos fundamentan la inexistencia de este principio en el MERCOSUR: primero por ser inherente a los procesos de tinte supranacional, ya que es la única forma de responsabilizar internacionalmente a un Estado es recurriendo a una fase jurisdiccional común y superior a dos o más Estados, mediando consentimiento estatal expreso; y segundo, por consecuencia lógica de que al no existir un plazo para que los Estados Partes incorporen las normas derivadas, menos aún les acarreará responsabilidad internacional por no hacerlo.

50 TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR. *Laudo 05/2001 constituido para entender en la controversia de la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo*. Asunción, 29 de septiembre de 2001.

51 MERCOSUR. POP, Art. 41, puntos 1 y 2.

52 MERCOSUR. POP, Art. 41, punto 3.

53 Conf. DROMI, R. EKMEKDJIAN, M, RIVERA, J. *Derecho comunitario: régimen del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, pp. 148-149.

54 Ampliar en DELUCA, S. “El Mercosur necesita su Maastricht”. *Revista Pensar en Derecho* nº1, 12/2012, Facultad de Derecho UBA.

55 MERCOSUR. Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR suscrito el 24 de julio de 1998, (también por la República de Bolivia y la República de Chile).

En segundo lugar, los “protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios” al TA, en rigor de verdad no es posible denominarlos como parte del derecho originario del MERCOSUR dado que adquirieron una naturaleza instrumental que lleva a incluirlos dentro de las denominadas fuentes derivadas, aunque estrictamente no lo sean⁵⁶. Estos instrumentos son los que le otorgan operatividad al MERCOSUR.

3.1.1.2.- Derecho derivado o secundario

Por su parte, el derecho derivado se compone, por un lado, por las normas adoptadas por los órganos decisorios que reglamentan las normas del derecho originario que carece de operatividad. Por otro lado, integran este tipo de normas los protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios al TA que, como dijimos, al no ser estrictamente parte del derecho originario se ubican en esta clase normativa.

En cuanto a las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria, si bien el POP no les asignó ninguna jerarquía en especial, la misma surge del rango que poseen los órganos de quienes emanan.

En el primer lugar de la pirámide se hallan las Decisiones del CMC⁵⁷, órgano superior de conducción política integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Ministros de Economía⁵⁸ y tienen por finalidad “*promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común*”⁵⁹. Son obligatorias para todos los Estados Parte⁶⁰.

En el siguiente estamento se encuentran las Resoluciones del GMC⁶¹, el órgano ejecutivo compuesto por los representantes de los Ministerios Relaciones Exteriores, de Economía y los Bancos Centrales⁶². El GMC, además de poseer facultades de iniciativa legislativa (proponer al CMC proyectos de Decisiones), tiene como rol fundamental “*tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones adoptadas*”⁶³ para lo cual tiene potestades de índole presupuestario, financiero, de regulación de la libre circulación de personas, mercaderías, servicios y capitales, etc⁶⁴. También son obligatorias para todos los Estados Parte⁶⁵.

Como el TA no referenció expresamente a la necesidad del respeto por el orden democrático en el bloque, el PU vino a ser la “cláusula democrática del Mercosur”, estableciendo el necesario orden democrático como condición – en palabras de Deluca – “*sine qua non*” para mantener la calidad de Estado Parte o Asociado del MERCOSUR. DELUCA, S. *El Mercosur necesita su Maastricht*. Op. cit.

56 DELUCA, S. Op. cit.

57 MERCOSUR POP, art. 9.

58 MERCOSUR POP, art. 4.

59 MERCOSUR POP, art. 8

60 MERCOSUR POP, art. 9.

61 MERCOSUR POP, art. 15.

62 MERCOSUR POP, arts. 10 y 11,

63 MERCOSUR POP, art. 14.

64 Respecto de las funciones del GMC, ampliar en BARÓN KNOLL, S. *Administración y gobierno del MERCOSUR*,. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 123-125.

65 MERCOSUR POP, art. 15.

En el último escalón de la jerarquía surgen las Directivas de la CCM⁶⁶, órgano también ejecutivo pero especialmente orientado a la “*aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera*”⁶⁷, asistiendo al GMC con propuestas de modificación de las legislaciones comerciales y aduaneras de cada Estado Parte en general, y de las alícuotas del Arancel Externo Común (AEC) en particular.

Por último, si bien no se encuentran referenciadas ni en el POP ni en otro instrumento del MERCOSUR, se encuentran las recomendaciones, dictámenes y propuestas.

3.1.1.3. Normas sui generis

Esta clase de normativa – considerada por la doctrina como de carácter atípica o *sui generis*⁶⁸ – se diferencia de las demás por ser esencialmente de índole consultiva, administrativa y unilateral del órgano en cuestión. En consecuencia, carecen de efecto jurídico directo y de fuerza vinculante. No solo pueden ser dictámenes técnicos, sino también jurídicos y políticos⁶⁹.

3.1.2. Solución de controversias

El sistema de solución de controversias del MERCOSUR vigente está regulado en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur (PO) del 2002⁷⁰. Sin embargo, no fue hasta el 17 de diciembre de 199, que los EP adoptaron formalmente el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del MERCOSUR (PB), el cual estuvo vigente hasta el 2002, cuando fue reemplazado por el PO.

Sintéticamente, el sistema adoptado por el PB se dividía en dos grandes etapas, una pre-jurisdiccional de negociaciones diplomáticas directas y con intervención del GMC⁷¹, y otra jurisdiccional por medio de un procedimiento de arbitraje internacional canalizado ante Tribunales Ad Hoc (TAH)⁷².

El PO mantuvo a grandes rasgos este sistema dual (precontencioso y arbitral), e introdujo la trascendental institucionalización de un tribunal arbitral de carácter permanente que revisara los laudos de los TAH: el Tribunal Permanente de Revisión⁷³ (TPR), con sede en Asunción, Paraguay. Las otras

66 MERCOSUR POP, art. 20.

67 MERCOSUR. POP, art. 16.

68 Conf. DELUCA, S. El Mercosur necesita su Maastricht. Op. cit.

69 Véase: DROMI, R. EKMEKDJIAN, M, RIVERA, J. Op. Cit. pp. 154-155.

70 Desde su entrada en vigencia, el PO solo fue enmendado en 2007, a través del Protocolo Modificador del Protocolo de Olivos (PMPO), que modificó al PO en relación a ciertos artículos. El mismo entró en vigencia en 2018.

71 MERCOSUR. Protocolo de Brasilia (PB). Arts. 2-6.

72 MERCOSUR. Protocolo de Brasilia (PB). Arts. 7-32.

73 Su calificación “permanente” se debe a que su composición no varía según cada arbitraje como los TAH. Conf. el art. 19 del PO: “*Los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión, una vez que acepten su designación, deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque*”.

incorporaciones importantes fueron la posibilidad de solicitar Opiniones Consultivas al TPR⁷⁴ y la cláusula de elección de foro ante el sistema de la OMC u otro⁷⁵.

El sistema de solución de controversias del MERCOSUR es de naturaleza arbitral mixto ya que combina una instancia de arbitraje internacional ad hoc (los TAH) con una institucional enraizada en el TPR. En tal sentido, es importante resaltar que la elección del arbitraje internacional como método de resolución de diferencias en el ámbito MERCOSUR responde a la esencia misma del proceso de integración. Su marcada intergubernamentalidad se refleja en la ausencia de delegación de competencias judiciales de los EP en favor de una institución jurisdiccional superior, contrario a lo que ocurre en los procesos supranacionales como la CAN o la UE.

El sistema cuenta con un régimen general (i) – el cual comprende, a su vez, las controversias entre EP (i.a) y particular-EP (i.b)–, y un régimen para casos especiales de urgencia (ii).

(i) Régimen general

(i.a) Controversias entre EP

Quedan sometidas al ámbito de aplicación material del PO todas aquellas controversias en las cuales existe una afectación a una norma de derecho del MERCOSUR, tanto originaria como derivada, proviniendo de alguno de los EP u de sus órganos estatales⁷⁶.

Previamente a iniciar la instancia arbitral, los EP deben procurar resolver la controversia mediante negociaciones diplomáticas directas⁷⁷, las cuales no podrán exceder un plazo de 15 días a partir de la fecha en que una de ellas le comunicó a la otra la decisión de iniciar la controversia (salvo acuerdo entre las partes) y deben comunicar al GMC a través de la SAM sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de las mismas⁷⁸.

Si no llegan a un acuerdo, los EP podrán⁷⁹:

1. iniciar directamente el procedimiento arbitral;
2. ejercer la opción de foro ante el sistema OMC u otro;
3. de común acuerdo, someterla a consideración del GMC, órgano que formulará recomendaciones detalladas a los fines de solucionar el diferendo, solicitando asesoramiento a expertos y dándole a los EP oportunidad que expongan sus respectivas posiciones.

En caso que la controversia no se hubiera podido resolver conforme los procedimientos anteriores, cualquiera de los EP en la controversia podrá

74 MERCOSUR. PO, Art. 3.

75 MERCOSUR. PO, Art. 1.

76 MERCOSUR. PO, Art. 1, párr. 1º.

77 MERCOSUR. PO, Art. 4.

78 MERCOSUR. PO, Art. 5.

79 MERCOSUR. PO, Arts. 6-7.

comunicar a la SAM su decisión de recurrir al procedimiento arbitral, la cual deberá notificar de inmediato al otro u otros Estados involucrados en la controversia y al GMC⁸⁰. De esta manera se inicia la etapa jurisdiccional arbitral.

Los procedimientos arbitrales se ventilarán ante un TAH compuesto de 3 miembros⁸¹ o ante el TPR en instancia única.

En el supuesto de que existiera una coincidencia en el planteo del objeto de la controversia, los EP pueden unificar su representación de manera conjunta⁸².

Los laudos deben fundarse con base al TA, al POP, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, a las Decisiones del CMC, a las Resoluciones del GMC y a las Directivas de la CCM así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia⁸³. Asimismo los EP de común acuerdo pueden solicitar que el TAH laude conforme a equidad (*ex aequo et bono*)⁸⁴.

El laudo del TAH es pasible de dos recursos: el recurso de aclaratoria u el recurso de revisión ante el TPR. El primero pueden interponerlo los EP dentro de los 15 días siguientes a la notificación del laudo, debiendo expedirse el Tribunal en plazo de 15 días posteriores a dicha circunstancia, y podrá otorgar un plazo adicional para el cumplimiento del laudo⁸⁵. El segundo, EP pueden interponerlo dentro de los 15 días de la notificación del laudo, únicamente en los arbitrajes conforme a derecho, no los de equidad y el otro EP tendrá derecho a contestar el recurso, dentro del plazo de 15 días de su notificación⁸⁶. El TPR se limitará a revisar a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo⁸⁷, asemejándose – en consecuencia –, más a un recurso de casación que una apelación.

Asimismo, dentro de las innovaciones del PO se encuentra la introducción de la figura de las Opiniones Consultivas (OC) del TPR⁸⁸.

Una OC es un pronunciamiento fundado —no vinculantes ni obligatorios— sobre preguntas de carácter jurídico respecto de la

80 MERCOSUR. PO, Art. 9.

81 El TAH se conforma cada EP en controversia designa un árbitro titular y un suplente de unas listas de candidatos seleccionados mediante un procedimiento previo. PO, Art. 10.

82 MERCOSUR. PO, Art. 13. El *leading case* de la representación estatal conjunta surgió en el marco del arbitraje iniciado por Paraguay contra Argentina, Brasil y Uruguay por la suspensión de su participación en los órganos del MERCOSUR: Laudo (TPR) 1/12 del 21 de junio de 2012 en el “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”.

83 PO, Art. 34. Idéntica regla aplica para los laudos del TPR.

84 PO, Art. 34 in fine.

85 PO Art. 28. Los laudos del TPR también son susceptibles de aclaratoria.

86 MERCOSUR. PO Art. 21.

87 MERCOSUR. PO Art. 17. El art. 22 establece que el TPR “podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc”.

88 Art. 3º: “El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos”.

interpretación y aplicación de las normas MERCOSUR (tanto de derecho originario como derivado) en un caso concreto. La idea es garantizar la aplicación uniforme del derecho del MERCOSUR en todos los EP y evitando las asimetrías⁸⁹.

En la OC N° 1/07⁹⁰, el TPR reconoció que es el TPR mismo quien interpreta el derecho del MERCOSUR, refiriéndose a los hechos del caso pero no valorando los mismos, mientras que el juez nacional deberá aplicar la interpretación del TPR en la OC, reservándose la interpretación y aplicación de la ley local del EP.

Las OC están inspiradas en las Cuestiones Prejudiciales de la UE⁹¹ pero a diferencia de éstas carecen de fuerza vinculante y obligatoriedad para los jueces de los EP del MERCOSUR. Por lo tanto, los jueces nacionales no tienen obligación ni de solicitarlas ni de aplicarlas.

(i.b) Controversias particulares-EP⁹²

Los particulares (personas físicas o jurídicas) nacionales de un EP tienen legitimación activa para demandar a otro EP, cumplidos los siguientes requisitos: (i) que se trate de una sanción o aplicación de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal; (ii) que dichas medidas estatales violen el derecho originario o derivado del MERCOSUR; (iii) que dicha medida violatoria afecte sus intereses.

El procedimiento deberán iniciarlo formalizando un reclamo ante la Sección Nacional (SN) del GMC del EP en el cual tengan su residencia habitual o sede de sus negocios la cual, para que sea admitido, deberá demostrarse la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio.

La SN podrá convocar un comité de expertos de considerarlo necesario. La SN deberá entablar consultas con la SN del EP demandado a fin de buscar una solución inmediata a la cuestión planteada. Finalizadas las consultas sin que se hubiera alcanzado una solución, la SN elevará el reclamo sin más trámite al GMC.

El GMC, una vez recibido el reclamo, deberá evaluar los requisitos enumerados arriba sobre los que basó su admisión la SN, debiendo admitir o rechazar el reclamo, siempre por consenso. Si no lo rechazare el reclamo éste se considerará aceptado. De esta forma el GMC convocará a un grupo de expertos⁹³ que deberá emitir un dictamen acerca de su procedencia en

89 SOTO, A. GONZÁLEZ, F. Op. cit., p. 324.

90 TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. Opinión Consultiva N° 01/2007: "*Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante*", solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay con relación a los autos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción.

91 UNIÓN EUROPEA. TFUE, Art. 267.

92 MERCOSUR. PO, Arts. 39-44.

93 Se compone por tres 3 miembros designados por el GMC o, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos, éstos serán elegidos por votación que realizarán los EP entre los integrantes de una lista de 24 expertos. Cada EP designa 6 personas de reconocida competencia en las

un plazo de 30 días contados a partir de su designación, dando oportunidad al particular reclamante y a los EP involucrados en el reclamo, de ser oídos y de presentar sus argumentos en audiencia conjunta. Una vez emitido dicho dictamen deberá elevarlo al GMC, dando por concluido el procedimiento en caso de considerar el rechazo. En el supuesto de considerar la admisibilidad del mismo, el EP nacional del particular afectado se hace cargo de llevar adelante su representación y el procedimiento continuará con idéntica etapa jurisdiccional de las controversias entre EP.

Más allá de la letra del PO, lo cierto es que este capítulo del sistema de solución de controversias nunca se puso en práctica. Ello puede explicarse tanto por las trabas enumeradas para que los particulares puedan acceder a la etapa jurisdiccional sumada a la falta de motivación del rechazo de admisibilidad por parte de las SN del GMC y de los comités de expertos.

(ii) Régimen especial para casos de urgencia

Este régimen fue regulado por la Decisión del CMC N° 23/04⁹⁴. El procedimiento se activa mediante la solicitud por escrito ante la Secretaría del TPR⁹⁵, quien remite la demanda a los árbitros de forma inmediata. El TPR se integra con todos sus miembros⁹⁶, los EP involucrados tienen 3 días para presentar alegaciones⁹⁷ y el Tribunal debe expedirse en 6 días corridos sobre la procedencia o no de la demanda⁹⁸.

Si el TPR desestima la demanda por no darse ninguno de los requisitos (menos el de la violación de la norma MERCOSUR), el demandante conserva la facultad de iniciar el procedimiento general del PO. En cambio, si el TPR desestima por no haber constatado una afectación al derecho del MERCOSUR, el demandante pierde la facultad de reclamar sobre el mismo objeto conforme las reglas generales del PO⁹⁹.

3.2. TLCAN

El segundo proceso de integración intergubernamental que procederemos a analizar es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos, México y Canadá. Este acuerdo comercial estuvo vigente entre el 1º de enero de 1994 y el 1º de julio de 2020, fecha en la cual fue sucedido por el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá¹⁰⁰ (T-MEC o USMCA por sus siglas en

cuestiones que puedan ser objeto del reclamo. Dicha lista quedará registrada en la SAM.

94 EL art. 24 del PO facultó al CMC "establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes".

95 MERCOSUR. Dec. CMC N° 23/04, Art. 3º.

96 MERCOSUR. Dec. CMC N° 23/04, Art. 4º.

97 MERCOSUR. Dec. CMC N° 23/04, Art. 5º.

98 MERCOSUR. Dec. CMC N° 23/04, Art. 6º.

99 MERCOSUR. Dec. CMC N° 23/04, Art. 11º.

100 El T-MEC mantuvo a grandes rasgos la estructura jurídica y de tutela jurisdiccional del TLCAN. Los grandes cambios del T-MEC vienen dados más por el lado aduanero/comercial que el legal: modernización y digitalización de los trámites aduaneros intra-bloque, flexibilización

inglés¹⁰¹).

3.2.1.- Fuentes normativas

El TLCAN es un “tratado-ley”, un acuerdo compuesto de numerosos capítulos (veintidós, junto con sus respectivos anexos¹⁰²) que regulan minuciosamente diversos aspectos de la zona de libre comercio entre Estados Unidos, México y Canadá a través de liberalización comercial de diversos sectores de la economía: comercio de bienes y servicios, procedimientos aduaneros, normas de origen, salvaguardas, barreras técnicas al comercio, defensa de la competencia, compraventa estatales, telecomunicaciones, medios y tecnología, servicios financieros, propiedad intelectual, energía y recursos naturales, comercio agropecuario y ganadero, medidas sanitarias y fitosanitarias, etc.

Ello significa que no estamos frente a un tratado “marco” o “constitutivo” de un proceso de integración que contenga normas programáticas que requieran de normas operativas ulteriores para materializar los objetivos de integración. En consecuencia, no hay en el TLCAN ni derecho originario ni derivado. Por ende, tampoco puede sostenerse que se verifique alguno de los principios del derecho de la integración¹⁰³.

Sus objetivos son íntegramente económicos¹⁰⁴ a los fines de que los EP desarrollen el empleo y crecimiento económico, las industrias nacionales, y la promoción de las inversiones recíprocas, todo ello por medio de la reducción progresiva de aranceles hasta su eliminación total¹⁰⁵ (la conocida cláusula “*standstill*”) y la liberalización del comercio intra-bloque bajo los principios de nación más favorecida y trato nacional¹⁰⁶.

Posee una estructura orgánica de naturaleza intergubernamental,

de documentos de importación/exportación, mayor cooperación internacional e inserción del sector PYMES en el comercio internacional, etc. Adicionalmente, tomando en cuenta que el ámbito temporal de la presente investigación (de 2000 a 2019) mayormente con el tiempo de vigencia del TLCAN (de 1994 a 2020), nos centraremos en el análisis de éste último.

101 También denominado coloquialmente “TLCAN 2.0”, “NAFTA 2.0” o “Nuevo NAFTA” por el énfasis en la continuidad de ambos tratados.

102 Vale aclarar que el articulado del Tratado no está organizado numéricamente a partir del número 1, por ejemplo, el capítulo I comienza con el art. 102, el II con el art. 202 y así sucesivamente.

103 Primacía, autonomía, aplicación inmediata/efecto directo, responsabilidad del Estado.

104 Art. 102.1: “Los objetivos del presente Tratado, expresados en sus principios y reglas, principalmente los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes: a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes; b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio; c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes; d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes; e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional”.

105 TLCAN. Art. 302.

106 TLCAN. Art. 301.

aunque menor que la del MERCOSUR ya que, al no poseer derecho derivado, tampoco cuenta con órganos con capacidad decisoria sino solo con facultades de supervisión de cumplimiento del Tratado.

3.2.2.- Solución de controversias

El TLCAN adoptó un sistema de solución de controversias basado en esquemas de arbitraje internacional aunque de tinte complejo, ya que distingue tres tipos de procedimientos en razón de la materia objeto de la disputa: el capítulo XX previó un sistema en general para la resolución de conflictos; el capítulo XI reglas específicas para las controversias en materia de inversiones; y el capítulo XIX reglas específicas en materia de dumping y derechos compensatorios.

(a) El sistema general de solución de controversias

Por el sistema del capítulo XX se resuelven todas las controversias entre los EP relativas a la aplicación o a la interpretación del TLCAN, o en toda circunstancia en que un EP considere que una medida vigente o en proyecto de otro EP es o podría ser incompatible con las obligaciones del TLCAN o pudiera causar anulación o menoscabo¹⁰⁷. Quedan exceptuadas de este régimen general las disputas cuya materia fuere objeto de los procedimientos de los capítulos XI y XIX (capítulos 2.B y 2.C infra).

Asimismo, está prevista la opción de foro al sistema de la OMC en el supuesto de que la controversia versare, además, sobre la aplicación o interpretación del GATT¹⁰⁸.

Previamente al inicio del arbitraje, los EP en controversia deben realizar consultas mediante negociaciones diplomáticas, corriendo vista de su solicitud a la SN del Secretariado y procurando todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria¹⁰⁹.

Si no logran resolver el asunto dentro de un plazos: de 30 días después de la entrega de la solicitud para las consultas; de 45 días después de la entrega de esa solicitud, cuando cualquier otra de las Partes haya solicitado consultas subsecuentemente o participado en las relativas al mismo asunto; o bien de 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a bienes agropecuarios perecederos; entonces cualquiera de los EP consultantes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión de Libre Comercio¹¹⁰.

A los fines de apoyar a los EP consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria de la controversia, la Comisión tendrá la opción de: (a) convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios (b) recurrir a los buenos oficios, la conciliación,

107 TLCAN. Art. 2004.

108 TLCAN. Art. 2005.

109 TLCAN. Art. 2006.

110 TLCAN. Art. 2007.

la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias; o (c) formular recomendaciones; todo en orden de apoyar a los EP consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria de la controversia¹¹¹.

De no resolverse la controversia, cualquiera de los EP en controversia puede solicitarle a la Comisión por escrito el establecimiento de un panel arbitral¹¹², el cual se conforma por una integración de listas previas confeccionadas por consenso entre los EP por períodos de tres años y con posibilidad de reelección¹¹³.

El panel se forma con cinco miembros: dos por cada EP en controversia más un quinto árbitro por consenso o sorteo¹¹⁴. En un plazo de 90 días deberán emitir un informe preliminar que deberá contener conclusiones de hecho, determinación sobre si la medida en cuestión es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del TLCAN, o es causa de anulación o menoscabo¹¹⁵.

En un plazo de 30 días a partir de la presentación del informe preliminar, los árbitros deben presentar a los EP una “determinación final”¹¹⁶ y, en su caso, los votos particulares sobre las cuestiones en que no haya habido acuerdo unánime¹¹⁷.

Por último, el cap. XX prevé la facultad de suspender los beneficios de efecto equivalente al EP vencido ante la falta de cumplimiento de la determinación final, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la determinación final¹¹⁸.

(b) Controversias en materia de inversiones

El cap. XI establece un esquema de arbitraje internacional de inversiones que se aplica exclusivamente a las controversias entre un Estado y los inversionistas de otro cuando se vieren afectados los derechos de éstos últimos de conformidad con las reglas del TLCAN¹¹⁹.

El inversionista perjudicado económicamente por una medida estatal del EP receptor en violación de dichos deberes podrá entablar una demanda arbitral al EP receptor de la inversión, y el procedimiento se regirá – a su

111 TLCAN. Art. 2007.

112 TLCAN. Art. 2008.

113 TLCAN. Art. 2009. Las cualidades exigidas para ser árbitro del sistema del TLCAN son las siguientes “a) tener conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional, otros asuntos de este Tratado, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales; y ser electos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio; b) ser independientes, no tener vinculación con cualquiera de las Partes, y no recibir instrucciones de las mismas; y c) satisfacer el código de conducta que establezca la Comisión”.

114 TLCAN. Art. 2011.

115 TLCAN. Art. 2016.

116 Denominación utilizada para el TLCAN para referirse al laudo arbitral.

117 TLCAN. Art. 2017.

118 TLCAN. Art. 2019.

119 TLCAN. Art. 1115.

elección¹²⁰ – bajo las reglas de arbitraje institucional del CIADI¹²¹ o ad-hoc de la CNUDMI¹²².

(c) Controversias en materia de dumping y derechos compensatorios

Finalmente, el cap. XIX se aplica exclusivamente a controversias en materia de revisión de derechos antidumping y derechos compensatorios impuestos por autoridad investigadora competente del EP importador a mercancías provenientes de otro EP. Dichas controversias se resuelven mediante el establecimiento de un panel arbitral binacional para entender la controversia, reemplazando en estos supuestos la revisión judicial interna¹²³.

La solicitud de integrar el panel arbitral se deberá efectuar dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la resolución definitiva en cuestión se publique en el diario oficial del EP importador¹²⁴ (su procedimiento de designación es similar al del sistema general del cap. XX) y los laudos se adoptan por mayoría. El laudo es pasible de un recurso de impugnación extraordinaria ante el Comité de impugnación extraordinaria compuesto por tres miembros nombrados de lista de ex jueces de algún tribunal federal superior de cada EP¹²⁵.

4. CONCLUSIONES

De la presentación expuesta de los sistemas de integración supranacionales e intergubernamentales surge como primera observación la corroboración de ciertos puntos de contacto entre ambas formas de construcción jurídico-política. Y en concreto se puede sostener que las motivaciones y objetivos que impulsan a los Estados a iniciar esos procesos de integración son similares y, hasta en reiteradas ocasiones, los mismos.

En ese sentido, debe hacerse hincapié en las realidades y modalidades bajo las que se presentan o estructuran ambos tipos de sistemas de integración.

Sin embargo, el hecho de que los sistemas supranacionales conlleven una delegación de competencias propias de los poderes públicos del estado hacia los órganos o instituciones comunes, no implica sobre posicionamiento o preferencia -en términos de mejor o peor- respecto de los sistemas de integración intergubernamentales-.

Así, se puede concluir que en el ámbito del derecho económico internacional y sus estructuras que les dan sustento, ambos sistemas de integración pueden coexistir y retroalimentarse mutuamente a los fines del logro de sus respectivos objetivos.

120 TLCAN. Art. 1120.

121 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, o ICSID por sus siglas en inglés.

122 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o UNCITRAL por sus siglas en inglés.

123 TLCAN. Art. 1904, párr. 1º y 2º.

124 TLCAN. Art. 1904, párr. 4º.

125 TLCAN. Anexo 1904.13.

CONFLICTO DE INTERÉS Y FINANCIAMIENTO

Los autores declaran que el artículo presentado no presenta conflicto de interés y no se cuenta con apoyo financiero para su elaboración y publicación.

CONTRIBUCIONES DE LOS AUTORES

Los autores declaran que el trabajo presentado fue elaborado en conjunto, realizando una versión única con la aprobación de los dos autores para su envío y publicación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, Gonzalo; CZAR de ZALDUENDO, Susana; FERNÁNDEZ VILA, Maria Fernanda; LEITA, Francisco; NEGRO, Sandra. LEITA Francisco, NEGRO Sandra C. (Directores). *Derecho de la integración manual*. Buenos Aires- Montevideo: Euros B de F, Capitulo V., 2010.

BARÓN KNOLL, Silvina. *Administración y gobierno del MERCOSUR*. Buenos Aires : Depalma, 1997.

BERTRAND Brunessen. *Les nouveaux modes de production du droit en droit de l'Union européenne : la dialectique du droit institutionnel et du droit matériel*. Rennes : Presses Universitaires de Rennes, Droits européens, 2018.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Arbitraje*. Disponible en: < <https://icsid.worldbank.org/es/procedimientos/arbitraje>>

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (UNCITRAL). *Reglamento de arbitraje de la CNUDMI*. Disponible en: < <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>>

COMUNIDAD ANDINA. *Acuerdo de integración subregional andino (Acuerdo de Cartagena)*. Firmado en Cartagena de Indias, Colombia, el 26 de mayo de 1969. Disponible en: <<https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2022/03/acuerdocartagena.pdf>>

COMUNIDAD ANDINA. *DECISIÓN 563. Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)*. Aprobada en Recinto Quirama, Departamento de Antioquia, República de Colombia, 25 de junio de 2003.

COMUNIDAD ANDINA. *Declaración de Bogotá*. Firmada en Bogotá, Colombia el 16 de agosto de 1966.

COMUNIDAD ANDINA. *Protocolo de Quito* (Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Cartagena). Firmado en Caracas, Venezuela el 15 de diciembre de 1987.

COMUNIDAD ANDINA. *Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino* (Acuerdo De Cartagena). Firmado en la ciudad de Trujillo, Perú el 25 de marzo de 1996.

COMUNIDAD ANDINA. *Protocolo Modificadorio del Tribunal Andino de Justicia*. Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena: Firmado en la ciudad de Cochabamba, Bolivia el 28 de mayo de 1996.

COMUNIDAD ANDINA. *Protocolo de Sucre*. Firmado en Quito, Ecuador el 25 de junio de 1997.

COMUNIDAD ANDINA. *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia*. Firmado en la ciudad de Cartagena, el 28 de mayo de 1979.

COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBÓN Y DEL ACERO (CECA). *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado de Paris)*. Firmado en Paris, Francia el 18 de abril de 1951. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=ES>>

COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA (CEE). *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*. Firmado en: Roma, Italia el 25 de marzo de 1957.

COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA (CEEa o Euratom). *Tratado de la Comunidad Europea de Energía Atómica*. Firmado en Roma, Italia el 25 de marzo de 1957.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Decisión 2007/436/CE, Euratom, sobre el sistema de recursos propios de las Comunidades Europeas*. Firmada en Luxemburgo el 7 de junio de 2007.

DELUCA, Santiago. “El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea y Mercosur: ¿Principio de Legalidad de la Normativa Comunitaria?”. *ED*, vol. 202, 2003.

DELUCA, Santiago. “La Subsidiariedad y las Competencias de la Unión Europea y el Mercosur” *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 2004-2.

DELUCA, Santiago. "La Subsidiariedad y las Competencias de la Unión Europea y el Mercosur". *Revista Latinoamericana de Derecho*. vol. 4-2005, p.127-151.

DELUCA, Santiago. "El Mercosur necesita su Maastricht". Facultad de Derecho UBA. *Pensar en Derecho*. nº1, 12/2012.

DUPU, Pierre Marie; KERBART, Yann. *Droit International Public*. 15° Ed. Paris: Dalloz, 2020.

DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel; RIVERA, Julio. *Derecho comunitario: régimen del MERCOSUR*. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 1996.

FAVRET, J. *L'essentiel de l'Union européenne et du droit communautaire*, 7° ed. Paris : Gualino, 2006 (Les Carrés Droit-Science politique).

FONTAINE, Pascal. *12 lecciones sobre Europa*. Comisión Europea. noviembre 2003. Disponible en : < <https://op.europa.eu/webpub/com/eu-in-12-lessons/es/>>

ISAAC, Guy ; BLANQUET, Marc. *Droit général de l'Union européenne*. 10 ed. Sirey: Université, 2012.

LINARES, Antonio. *Aspectos jurídicos de los sistemas de integración económica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1969.

MANGAS MARTÍN, A. & LIÑAN NOGUERAS, D.L. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid : Tecnos, 2002.

MARZORATTI, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales*. Tomo 1, 3ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2003.

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 23/04, Art. 3º. Procedimiento para atender casos excepcionales de urgencia Art. 24 del protocolo de olivos para la solución de Controversias en el Mercosur*. Firmada en Puerto Iguazú, Argentina el 7 de julio de 2004. Disponible en: < https://www.tprmercosur.org/es/docum/DEC_23_04_es_Procedimiento_casos_urgencia.pdf>

MERCOSUR. *Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur- Protocolo de Ouro Preto*. Firmado en la ciudad de Ouro Preto, Brasil el 17 de diciembre de 1994. Disponible en <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=QvE8z5bllxmQDCfTQ9YVBA%3d%3d>

MERCOSUR. *Protocolo de Brasilia para la solución de controversias*. Firmado en Brasilia, Brasil el 17 de diciembre de 1991. Disponible en: < https://www.tprmercosur.org/es/docum/Protocolo_de_Brasilia_es.pdf >

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. Disponible en: < https://www.tprmercosur.org/es/docum/Protocolo_de_Olivos_es.pdf>

MERCOSUR. *Protocolo Modificatorio del Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*. Firmado en Rio de Janeiro, Brasil, el 19 de enero de 2007. Disponible en:< https://www.tprmercosur.org/es/docum/Protocolo_Mod_Olivos_es.pdf>

MERCOSUR. *Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile*. Firmado en Ushuaia, Argentina el 24 de julio de 1998.

MERCOSUR. *Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*. (Tratado de Asunción). Firmado en Asunción, República del Paraguay el 26 de marzo de 1991. Disponible en <https://www.tprmercosur.org/es/docum/Tratado_de_Asuncion_y_anexos_es.pdf>

MOLINIER, J., & LOTARSKI, J. *Droit du contentieux de l'Union européenne*. 3ª Ed. Paris : LGDJ, 2010.

MOYA DOMINGUEZ, María Teresa. *Derecho de la integración MERCOSUR: Instituciones y fuentes Unión Europea y Comunidad Andina: Estudio comparado*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. Suscripta en Viena, Austria el 23 de mayo de 1969.

PAPADOPOULOU, Rebecca E. *Principes généraux du droit et droit communautaire origines et concrétisation*. Athènes Bruxelles: Sakkoulas Bruylant, 1996.

PARLAMENTO EUROPEO. *Los Tratados y el Parlamento Europeo*. Disponible en:< <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties>>

RIPOL CARULLA, Santiago. "Las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en regulación del Tribunal de Justicia.", en FERNANDEZ Liesa, C., y DÍAZ, BARREDO, C., *El tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos. Francisco de Vitoria: Dykinson S.R.L, 2008.

SOTO, A. GONZÁLEZ, F. *Manual de Derecho de la Integración*. Buenos Aires: La Ley, 2017.

TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN). Firmado el 17 de diciembre de 1992. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/Indice1.asp>

TRATADO ENTRE MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ (conocido como T-MEC "TLCAN 2.0", "NAFTA 2.0" o "Nuevo NAFTA"). Firmado en la Cumbre de Líderes del G20 en Buenos Aires, Argentina, el 30 de noviembre de 2018.

TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC DEL MERCOSUR (TAH). *Laudo 05/2001 sobre la controversia argentino-uruguayo sobre restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo*. Asunción 29 de septiembre de 2001.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso 34-AI-2001.- Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador*. Gaceta oficial, año XIX, n°839. Lima, 25 de septiembre de 2002.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso 7-AI-99, Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú por incumplimiento de obligaciones emanadas de los artículos 5o. del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 38 de la Decisión 344 de la Comisión, y de las Resoluciones 079 y 106 de la Secretaría General*. Gaceta oficial n°520, de 20 de diciembre de 1990.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso N° 43-AI-2000 Acción de Incumplimiento ejercida por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, a causa del supuesto incumplimiento de obligaciones emanadas del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, de la Decisión 283 de la Comisión, de la Resolución 473 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, y de las Resoluciones 231, 242 y 301, dictadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, y sus modificatorias*. San Francisco de Quito, 10 de marzo de 2004. Gaceta oficial XXI, n° 1079 del 07 de junio de 2004.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso 1-AI-2001, acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela, alegando incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la Decisión 344 de la Comisión; así como de las Resoluciones 424 y 457 de la Secretaría General.* Gaceta oficial XVIII, nº818, de 23 de julio de 2002.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Proceso 200-AI-2005, Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador por el supuesto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de los artículos 81 y 86 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 1 de la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.* San Francisco de Quito, 25 de enero de 2007.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. *Opinión Consultiva 1/08 “Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”, solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1º turno IUE 2-32247/07.* Asunción, 24 de abril de 2009. Disponible en:< https://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2008_es.pdf>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *InfoCuria Jurisprudencia.* Disponible en: < <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos y Nederlandse administratie der belastingen (Administración Tributaria neerlandesa).* Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 5 de febrero de 1963.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Flaminio Costa y ENEL.* Asunto 6/64. Sentencia del Tribunal de Justicia del 15 de julio de 1964.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana.* Asuntos acumulados C-6/90 y 9/90. Sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de noviembre de 1991.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contra Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contra Jean-Marc Bosman y otros y Union des associations européennes de football (UEFA) contra Jean-Marc Bosman.* Asunto C-415/93. Sentencia del Tribunal de Justicia del 15 de diciembre de 1995.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. *Casos Acumulados 282-96 Y 293-96. Comisión De Las Comunidades Europeas Contra República De Francia.* Sentencia del 29 de mayo de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. (Sala Quinta). *Friedrich Kremzow contra Republik Österreich. Petición de decisión prejudicial: Asunto C-299/95.* Sentencia del 29 de mayo de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Cuarta ampliada). *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) y Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK) contra Comisión de las Comunidades Europeas.* Asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 22 de octubre de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. (Sala Primera). *Daniele Anibaldi, aff.; Daniele Annibaldi contre Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio.* C-309/96. Sentencia del 18 diciembre de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA. (Sala Quinta). *Edouard Dubois et Fils SA contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas.* Asunto T-113/96. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de enero de 1998.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Cuarta). *Gerard van der Wal contra Comisión de las Comunidades Europeas.* Asunto T-83/96. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 19 de marzo de 1998.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Tercera ampliada). *Enso Española SA v Commission of the European Communities.* Case T-348/94. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, sentencia 14 de mayo de 1998.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Tercera ampliada). *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH contra Comisión de las Comunidades Europeas.* Asunto T-347/94. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 14 de mayo de 1998.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Sexta). *Montecatini SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas.* Asunto C-235/92 P. Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (Sala Primera). *Vivien Prais contra Consejo de las Comunidades Europeas.* Asunto 130-75. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de octubre de 1976.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 4-73*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Roland Rutili contra Ministro del Interior. Petición de decisión prejudicial: Tribunal administratif de Paris - Francia. Asunto 36-75*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de octubre de 1975.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. *Laudo 05/2001 constituido para entender en la controversia de la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo*. Asunción, 29 de septiembre de 2001.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. *Laudo 1/12 del en el “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”*. 21 de junio de 2012. Disponible en: <https://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. *Opinión Consultiva Nº 01/2007: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay con relación a los autos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción*. 3 de abril de 2007. Disponible en: < https://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf>

UNION EUROPEA. Acta Única Europea. Firmada en Luxemburgo y La Haya el 17 de febrero y el 28 de febrero de 1986. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT&from=ES>>

UNIÓN EUROPEA. *Tratado de Ámsterdam, enmienda el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos*. Firmado en Ámsterdam, Países Bajos el 2 de octubre de 1997.

UNION EUROPEA *Tratado de Bruselas de 1975. Treaty amending certain financial provisions of the Treaties establishing the European Communities and of the Treaty establishing a single Council and a single Commission of the European Communities*. Firmado en: Bruselas, Bélgica el 22 de julio de 1975.

UNION EUROPEA. *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. Diario Oficial De Las Comunidades Europeas. Versión consolidada 24 de diciembre de 2002. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=ES>>

UNIÓN EUROPEA. *Tratado de la Unión Europea- TUE (Tratado de Maastricht)*. Firmado en: Maastricht, Países Bajos el 7 de febrero de 1992. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=ES>>

UNIÓN EUROPEA. *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*. Firmado en Lisboa, Portugal el 13 de diciembre de 2007.

UNION EUROPEA *Tratado de Luxemburgo, que modifican determinadas disposiciones presupuestarias establecidas en los Tratados, se incrementan los poderes presupuestarios de la Asamblea y se sustituyen las aportaciones financieras de los Estados miembros por los recursos propios*. Firmado en: Luxemburgo, Luxemburgo, el 22 de abril de 1970.

UNION EUROPEA. *Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos*. Firmado en Niza, Francia el 26 de febrero de 2001.



Normative sources and dispute resolution in regional integration processes: from intergovernmentality to supranationality

Abstract: In the regional dynamics, international economic relations are developed under different forms of integration. These can be constituted under economic-commercial objectives or under the objective of integrating a political order. To achieve such tasks, the States decide to form a common space under supranational or intergovernmental integration modalities. Consequently, the bodies and institutions created in these new legal orders may entail the delegation of public functions typical of the states or simply remain in intergovernmental collaborations. This article seeks to expose the differences between such integration methodologies, analysing the normative sources of their legal systems and the possible dispute resolution systems. For

this, the supranational integration processes of the European Union and the Andean Community of Nations were taken as cases of analysis. On the other hand, the Common Market of the South and the North American Free Trade Agreement were taken as case studies for the analysis of intergovernmental integration processes.

Keywords: Regional integration; Original and derived law; Intergovernmentality; Supranationality.



Sources normatives et reglement des differends dans les processus d'integration regionale : de l'intergouvernementalite a la supranationalite

Abstrait: Dans la dynamique régionale, les relations économiques internationales se développent sous différentes formes d'intégration. Ceux-ci peuvent être constitués sous des objectifs économique-commerciaux ou sous l'objectif d'intégrer un ordre politique. Pour accomplir ces tâches, les États décident de constituer un espace commun sous des modalités d'intégration supranationale ou intergouvernementale. Par conséquent, les organes et institutions créés dans ces nouveaux ordres juridiques peuvent entraîner la délégation de fonctions publiques typiques des États ou simplement rester dans des collaborations intergouvernementales. Cet article vise à exposer les différences entre ces méthodologies d'intégration, en analysant les sources normatives de leurs systèmes juridiques et les systèmes possibles de résolution des conflits. Pour cela, les processus d'intégration supranationale de l'Union européenne et de la Communauté andine des nations ont été pris comme cas d'analyse. D'autre part, le Marché commun du Sud et l'Accord de libre-échange nord-américain ont été pris comme études de cas pour l'analyse des processus d'intégration intergouvernementale.

Mots clés: Intégration régionale ; Droit originaire et dérivé ; Intergouvernementalité; Supranationalité

RESUMO BIOGRÁFICO

Camila Romero Villanueva. Doctorando (Université Paris 1 Panthéon Sorbonne), Maître Droit International Économique (Master 2 Université Paris 1 Panthéon Sorbonne), Abogada (Universidad del Salvador), Maître Droit des Affaires (Master 1 Université Paris 1 Panthéon Sorbonne), Asistente de investigación (Universidad del Salvador)
contacto: romerovillanuevacamila@gmail.com

Godofredo Agustín Ortiz: Abogado (USAL), Premio Mejor Promedio y Diploma de Honor. Master I Droit des Affaires (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne). Profesor de Derecho de la Integración y Derecho Internacional Económico (USAL). Investigador (USAL). Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas.
contacto: ga.ortiz@usal.edu.ar

**WALD, Arnoldo; FERREIRA, Selma Lemes (Coord.).
25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021).
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.**

**WALD, Arnoldo; FERREIRA, Selma Lemes (Coord.).
25 años de la Ley de Arbitraje (1996-2021).
San Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.**

Clarissa Marcondes Macéa * 

Ernandes Sampaio Ramos ** 

*Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados, São Paulo, Brasil.

**Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados, São Paulo, Brasil.

A coletânea “25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)”, publicada pela Revista dos Tribunais, é organizada pelos juristas brasileiros Arnoldo Wald e Selma Ferreira Lemes. O primeiro, Professor Catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e Presidente de honra da Comissão de Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, testemunhou e participou ativamente dos esforços iniciais para introduzir a arbitragem no mercado brasileiro, tendo se tornado um dos primeiros representantes do país na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI. A segunda, sua sucessora na representação da instituição sediada em Paris, integrou a Comissão Relatora da Lei de Arbitragem e é, sem dúvida, uma das árbitras brasileiras mais renomadas. A parceria não poderia ser mais adequada à grandeza do projeto.

A obra consiste em verdadeiro encontro intergeracional entre grandes juristas brasileiros que dedicaram décadas à árdua missão de introduzir e desenvolver a prática da arbitragem no Brasil e as novas gerações de arbitralistas, que tiveram sua formação ancorada nas lições dos primeiros. Ao todo, mais de cinquenta dos maiores arbitralistas brasileiros da atualidade comentam as experiências vividas sobre o já perceptível legado da Lei de Arbitragem no país e, especialmente, suas perspectivas acerca dos avanços

*E-mail: clarissa.maceaa@wald.com.br

Recibido: 4/07/2022. Aceptado: 07/07/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

esperados do referido diploma legal, que disciplina um domínio vibrante e dinâmico do direito¹.

Prefaciado pelo Professor Carlos Alberto Carmona, que, assim como Selma Ferreira Lemes, integrou a Comissão Relatora da Lei de Arbitragem, o volume se inicia com o testemunho da rápida ascensão da prática arbitral no Brasil em seguida aos difíceis primeiros anos de provação do instituto, perante os tribunais judiciais e câmaras legislativas. Carmona festeja a realização da obra, brindando, ao lado de professores, colegas e alunos, o sucesso da arbitragem no Brasil².

A obra é composta por quarenta e três capítulos divididos em três partes. A primeira – “*A arbitragem no tempo: passado e presente*” – trata do histórico e evolução do instituto no ordenamento jurídico e na prática brasileiros, destacando o processo de positivação, a proliferação de câmaras arbitrais e regulamentos de arbitragem no país, a jurisprudência em matéria de arbitragem, e a ampla adoção do método de solução de controvérsias pela Administração Pública. São aspectos importantes que consolidaram o Brasil entre os maiores usuários da arbitragem no mundo. Já a segunda parte – “*Arbitragem. Temas contemporâneos*” – busca lançar luz sobre importantes nuances debatidas na prática arbitral atual, considerando os avanços do instituto ao longo dos últimos 25 anos. Por fim, a terceira e última parte – “*Documentos diversos*” – compila relevantes documentos do processo legislativo que deu origem à Lei de Arbitragem.

A Parte I contém vinte e cinco capítulos divididos em sete seções. Na primeira delas, quatro capítulos analisam os antecedentes da Lei de Arbitragem, sua elaboração, reforma e interação com a Convenção de Nova Iorque para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

Pedro Batista Martins, também integrante da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem, inaugura a Parte I com o capítulo intitulado “*Os 25 anos da Lei de Arbitragem. Breve Olhar sobre o Cenário Antecedente*”. O autor homenageia os demais autores que contribuíram com o debate brasileiro sobre a arbitragem no Brasil. Por meio de uma narrativa fluida que se inicia na década de 1920 até o início do século XXI, são colacionados trechos de livros, monografias e decisões que representam verdadeiros marcos históricos da arbitragem no país. Dessa forma, o autor se aprofunda nas principais turbulências enfrentadas pelo instituto ao longo dos anos, destacando embates doutrinários e jurisprudenciais decisivos para sua compreensão,

1 O decurso dos 25 anos da Lei de Arbitragem representa verdadeiro marco em que especialistas da área se lançam a reflexões sobre o tema. Nesse sentido, destaca-se também o lançamento da obra *Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*, São Paulo: SESI-SP, 2021, organizada pelos Ministros aposentados do STF Ellen Gracie Northfeet e Sydney Sanches, que contribuíram imensamente para a ampliação da arbitragem e de outros mecanismos de resolução de disputas no país.

2 Esse brinde pôde ecoar em evento realizado na cidade de São Paulo, para o lançamento da coletânea, que contou com a presença de vários de seus autores, entre os quais o Professor Hermes Marcelo Huck e o Dr. José Emilio Nunes Pinto, que, junto aos leitores, saudaram, presencialmente, os seus organizadores.

que culminaram afinal com a iniciativa de elaboração da Lei de Arbitragem. turbulências enfrentadas pelo instituto ao longo dos anos, destacando embates doutrinários e jurisprudenciais decisivos para sua compreensão, que culminaram afinal com a iniciativa de elaboração da Lei de Arbitragem.

Em seguida, José Carlos de Magalhães contribui com uma abordagem histórica da arbitragem, partindo de uma perspectiva global. O autor discorre sobre o curso da arbitragem internacional ao longo dos anos, no âmbito do comércio internacional. Para tanto, aborda o instituto à luz da mudança da ordem econômica mundial ocorrida no século XX, bem como da Convenção de Nova Iorque, no contexto da redução do monopólio da jurisdição estatal e correlato crescimento da arbitragem, tanto no cenário global quanto no brasileiro. Destaca, ainda, a contribuição da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o desenvolvimento do debate sobre o papel da arbitragem com entes públicos para a atração de investimentos internacionais. Assim, o autor conclui que a adesão à arbitragem resultou da dinâmica econômica internacional, tendo sido a lei brasileira produto dessas transformações.

Na sequência, Adriana Braghetta e Silvia Rodrigues Pachikoski abordam o crescimento exponencial do uso da arbitragem no Brasil por conta de algumas vantagens do instituto em comparação ao processo judicial. As autoras argumentam que o sucesso da arbitragem no Brasil decorre da promulgação da Lei de Arbitragem, objeto de importante reforma por ocasião da promulgação da Lei nº 13.129/2015, pensada por uma comissão de juristas constituída para adequar o ordenamento jurídico brasileiro às complexidades das relações jurídicas modernas. A atualização da Lei é analisada por elas de forma minudente.

Muito embora a Lei de Arbitragem possua forte influência da Convenção de Nova Iorque, nota-se certa resistência do Superior Tribunal de Justiça em sua aplicação direta nos casos de homologação de sentença estrangeira. O capítulo 4, de autoria de Nadia de Araujo, debruça-se especificamente sobre o tema, trazendo à baila a importância da Convenção para a resolução de disputas oriundas do comércio internacional, bem como os benefícios decorrentes da aplicação da Convenção de Nova Iorque a partir de uma perspectiva comparada com a Lei de Arbitragem. Argumenta a autora que a aplicação da Convenção pelas cortes brasileiras fomentaria a participação do Brasil no comércio internacional, proporcionando maior segurança jurídica ao aproximar-se do tratamento realizado pelos demais países signatários sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

A seção seguinte da Parte I, intitulada “As leis e a regulamentação na arbitragem com a administração pública”, traz cinco contribuições que se propõem a analisar o impacto da regulamentação da atuação dos diversos entes federativos e seus órgãos especializados na dinâmica das arbitragens com a Administração Pública.

Nesse contexto, Gustavo Albuquerque e Paula Butti Cardoso comentam, no capítulo 5, as principais normativas federais que disciplinam a atuação dos entes públicos em procedimentos arbitrais. Os autores destacam o importante papel da alteração legislativa ocorrida em 2015 com a Lei nº 13.129, dirimindo quaisquer dúvidas sobre a possibilidade de a Administração Pública figurar como parte em procedimentos arbitrais. Abordam ainda questões específicas, como a publicidade dos procedimentos e a previsão de responsabilidade por custas e honorários, concluindo, ao final, que, a despeito da alta regulamentação do tema, não houve engessamento da atuação da Administração Pública em arbitragens; ao contrário, criou-se um ambiente de maior segurança para a inclusão de cláusulas compromissórias em contratos públicos.

Em seguida, Cristina M. Wagner Mastrobuono e Bruno Lopes Megna discorrem, no capítulo 6, sobre recorte específico: a participação do Estado de São Paulo em procedimentos arbitrais. Os autores realizam breve contextualização histórica do desenvolvimento econômico do Estado de São Paulo até as primeiras experiências com a arbitragem. Abordam as particularidades das regulações estaduais, os requisitos da convenção arbitral, e ainda a temática dos árbitros, procedimento, seleção de câmaras arbitrais, e outras peculiaridades da arbitragem com o Estado. Enfocam a regulação paulista de arbitragem com a Administração como medida de segurança necessária à estabilidade e ao progresso do instituto como método de solução de disputas entre particulares e o Estado.

A abordagem do instituto no âmbito subnacional não se limita ao Estado de São Paulo. Flávia Bittar Neves, no capítulo 7, traz considerações semelhantes sobre a experiência dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo em procedimentos arbitrais. Para tanto, é realizada uma contextualização dos antecedentes das leis mineira e capixaba que permitiram, em conjunto com a transformação econômica e jurídica dos Estados, o desenvolvimento da prática arbitral com a Administração local. A autora analisa as especificidades dos diplomas legais relevantes à condução do procedimento arbitral, destacando a exigência de autorização legislativa para que os entes da Administração Pública dos referidos estados pudessem se submeter à jurisdição arbitral, tendo sido determinante para o crescimento da inclusão de convenções de arbitragem nas contratações públicas.

Em seguida, Bruno Fernandes Dias e Gustavo Fernandes de Andrade comentam, igualmente, a participação do Estado do Rio de Janeiro em procedimentos arbitrais. Os autores, então, debruçam-se no exame dos principais aspectos jurídicos do Decreto Estadual nº 46.245/2018 que, na esteira de outros entes federados, buscou regulamentar a atuação do Estado em arbitragens. São destacados aspectos centrais da norma, como o método de cadastramento das câmaras arbitrais, o dever de revelação dos árbitros, o exercício da publicidade, a adaptabilidade do procedimento a diretrizes internacionais, entre outros. de cadastramento das câmaras arbitrais, o dever

de revelação dos árbitros, o exercício da publicidade, a adaptabilidade do procedimento a diretrizes internacionais, entre outros.

Na sequência, Riccardo Giuliano Figueira Torre traz reflexões acerca do atual estágio de desenvolvimento das arbitragens público-privadas. O autor relaciona o considerável aumento da participação da Administração Pública em arbitragens às privatizações de estatais brasileiras e às limitações do Judiciário para apreciar e julgar disputas altamente especializadas entre a Administração Pública e empresas reguladas. Em seguida, perpassa por diversas legislações que consolidaram a arbitragem como meio de resolução de conflitos com a Administração Pública em nível federal. Nesse sentido, o autor comenta as principais novidades legislativas introduzidas após a reforma da Lei de Arbitragem, trazendo pontos controversos, destacando a necessidade de solucioná-los a fim de se evitar que a arbitragem padeça dos mesmos vícios experimentados no processo judicial.

A terceira seção, “Os regulamentos das câmaras de arbitragem”, traz sete capítulos nos quais os regulamentos das principais câmaras arbitrais em atividade no Brasil são analisados sob a ótica de seus usuários e membros institucionais, proporcionando aos leitores, sejam eles operadores do direito ou partes em contratos complexos, a oportunidade de familiarizarem-se com as peculiaridades e vocações de cada regulamento para, então, identificarem o serviço mais adequado aos diversos tipos de disputas.

Abrindo a seção, Arnaldo Wald e Tiago Adão Ticoulat Parassú Borges se dedicam a analisar as novidades do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional – CCI, em vigor desde janeiro de 2021, explorando os principais pontos de reflexão trazidos pelo Professor Eduardo Silva Romero em publicação no vol. 4/2020 da *Revue de l'Arbitrage*. Ressalvam, de início, que o conteúdo do Regulamento de 2021 não representa uma “revolução”, mas sim uma adaptação da Corte aos novos paradigmas arbitrais relacionados a performance, transparência e flexibilidade do procedimento, assim como a adoção de uma visão mais *business oriented*. Concluem, nesse sentido, que o Regulamento de 2021 veio para garantir maior eficiência ao procedimento bem como a transparência das arbitragens, pontos incorporados aos novos dispositivos no tocante à independência e imparcialidade dos árbitros.

Em seguida, Eleonora Coelho e Patrícia Shiguemi Kobayashi discorrem sobre a história e a evolução dos regulamentos de arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CAM-CCBC. Colocando em evidência o papel do CAM-CCBC para o desenvolvimento da prática arbitral no Brasil, realizam uma análise das principais funcionalidades do Regulamento de 2012. Passam, em seguida, a destacar o papel das resoluções administrativas editadas pelo Centro para a atualização e a manutenção do *case management* em padrões internacionais, garantindo a satisfação dos objetivos do CAM-CCBC. Por fim, destacam o amadurecimento da arbitragem brasileira ao longo das últimas décadas e apresentam suas percepções e expectativas em relação às próximas atualizações do Regulamento do CAM-CCBC da arbitragem brasileira ao longo das últimas

décadas e apresentam suas percepções e expectativas em relação às próximas atualizações do Regulamento do CAM-CCBC.

No capítulo 12, Sydney Sanches, João Luiz Lessa Neto e Lilian Elizabeth Menezes Bertolani, analisam a estrutura organizacional e a atuação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP na administração de seus casos. Destacam, a partir das estatísticas da Câmara, sua vasta experiência na resolução de controvérsias complexas, não apenas por meio de arbitragem, mas também da mediação. Os autores apresentam um panorama crescente das arbitragens com a Administração Pública administradas pela Câmara, destacando os valores envolvidos. Por fim, ressaltam a preocupação da Câmara com a diversidade e o seu contínuo esforço em modernizar-se.

Na sequência, o capítulo 13 aborda a experiência da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), uma das principais instituições arbitrais do Brasil, desde o seu surgimento, com enfoque para a sua “emancipação” ao se tornar uma associação sem fins econômicos e os desafios dessa decisão. Augusto Tolentino e Raquel Marangon reportam o projeto de “nacionalização” da Câmara (que teve por foco a ampliação de sua presença em todas as regiões do país), analisam a evolução dos Regulamentos da CAMARB e destacam os serviços de Mediação Empresarial e *Dispute Boards* como alternativas de resolução de conflitos. Por fim, relatam sua iniciativa de promover a maior competição de simulação arbitral da América Latina, difundindo o instituto entre estudantes e jovens advogados.

Em seguida, Riccardo Giuliano Figueira Torre analisa o primeiro regulamento brasileiro de arbitragem coletiva aprovado pelo Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil (CMA-CPCB). Inicia o capítulo 14 destacando o crescente debate acerca da tutela arbitral coletiva no direito brasileiro como instrumento de efetivação do princípio constitucional de acesso à justiça. No que concerne ao regulamento recém-aprovado pelo CMA-CPCB, aponta suas principais características, como a legitimidade ativa para instauração da arbitragem e representação da classe. Destaca importantes questões relacionadas à publicidade do procedimento, de modo a garantir a possibilidade de adesão de todos os membros da classe representada. Na sequência, o autor comenta os desafios atuais para à consolidação da arbitragem coletiva no Brasil e elege quatro temas para aprofundamento: (a) a arbitrabilidade objetiva; (b) o aperfeiçoamento do consentimento; (c) a participação do Ministério Público; (d) os efeitos em arbitragens societárias coletivas.

Gabriela Wallau inaugura o capítulo seguinte destacando o importante papel das instituições para a uniformização de práticas arbitrais, o que usa como ponto de partida para analisar os objetivos perseguidos com a elaboração do Regulamento da Câmara de Arbitragem da FEDERASUL (CAF), destacando a origem e estrutura da referida instituição. Enfoca também os efeitos da eleição da Câmara para a administração do procedimento, o método de composição do Tribunal Arbitral, as peculiaridades da arbitragem

expedita oferecida pelo Regulamento, e sua opção pelo sigilo como regra.

Encerrando a terceira seção, Grasiela Cerbino e Felipe Sebastian Caldas Vêras comentam a história da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM-B3), percorrendo o contexto de sua criação, normas de seus Regulamentos de Arbitragem, com foco no Regulamento atualmente vigente. A partir daí, discorrem sobre os desafios futuros da Câmara, considerando o aumento significativo do número de casos, bem como a sua importância para o cenário da arbitragem doméstica no mercado de capitais. Os autores, ainda, provocam o leitor para refletir sobre o presente e o futuro da arbitragem em matéria societária, sobretudo, em razão da vanguarda brasileira em legislar especificamente sobre o tema.

A quarta seção da Parte I traz um panorama sobre o a evolução da jurisprudência brasileira sobre a arbitragem, colocando em evidência questões fundamentais como a constitucionalidade da Lei de Arbitragem e a interação entre os tribunais arbitrais e as cortes brasileiras, em suas interseções mais importantes.

Arnoldo Wald abre a seção trazendo o histórico da arbitragem no Brasil, desde a pontual utilização do instituto até a década de 1990, demonstrando que a excepcionalidade de seu uso, assim como as incertezas quanto à sua constitucionalidade, impediu, a despeito de previsão legal, sua proliferação nessa época. O autor, então, analisa as repercussões do advento da Lei de 1996 e os desenvolvimentos que culminaram na declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Relata ainda a evolução jurisprudencial do instituto no próprio STF e no STJ, após a emenda 45/2004, reconhecendo a construção e consolidação de uma jurisprudência pró-arbitragem, com destaque para a abertura ao seu uso pelas sociedades de economia mista e outros órgãos da administração pública.

Dando seguimento ao tema, a ex-Ministra do STF Ellen Gracie Northfleet reporta o importante papel do STJ para o progresso da arbitragem no Brasil. Alude, para tanto, a diversas decisões que formaram a jurisprudência consistente e encorajadora para o desenvolvimento do instituto no país. Atribui o fortalecimento da arbitragem a decisões no sentido de tornar eficazes as cláusulas arbitrais; destacando que construções pretorianas anteciparam disposições legislativas. Refere-se à aplicação de princípios importantes à efetividade arbitral, como o do livre convencimento motivado. Destaca, por fim, o essencial papel da comissão do Senado Federal liderada pelo ministro da Corte, Luis Felipe Salomão, para a consolidação legislativa das modernas tendências da Corte.

Na sequência, Fernando Eduardo Serec, Lucas Britto Mejias e Marina Chamusca Passos estudam o comportamento jurisprudencial, principalmente dos tribunais estaduais e federais, em relação a três matérias que consideram especialmente importantes ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil: a aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, mitigando-o apenas em casos de “vícios clarividentes”; a tendência dos tribunais de respeitar a

taxatividade do rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem, anulando sentenças arbitrais apenas quando presentes vícios procedimentais listados no referido dispositivo; e o posicionamento assertivo da jurisprudência majoritária de não deferir a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência.

Encerrando a seção, Arnoldo Wald volta a cena para discorrer sobre o julgamento do STJ que entendeu cabível o incidente de conflito de competência para resolver divergências no tocante à definição de competência entre o Poder Judiciário e os tribunais arbitrais, permitindo às partes que, nesse caso, recorressem de imediato e diretamente ao STJ. O autor transcreve, para tanto, trechos importantes dos votos da ministra Nancy Andrich e do ministro Luis Felipe Salomão no caso em questão (Conflito de Competência nº 111.230/DF), emblemáticos na medida em que equipararam juridicamente a sentença judicial e a sentença arbitral, como fundamento para a utilização do conflito de competência. O julgamento é tido pelo autor como fundamental para a efetividade da arbitragem no Brasil.

A quinta seção, intitulada “Jurisprudência arbitral”, traz uma análise da aplicação, pelo Judiciário, do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, bem como do escrutínio do exercício do dever de revelação pelos árbitros à luz dos parâmetros definidos pela jurisprudência do STJ.

Rodrigo Garcia da Fonseca relata a análise *prima facie* da jurisdição arbitral pelo Poder Judiciário, identificando, nas principais fontes normativas, o tratamento da aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*. O capítulo 21 busca compreender o escopo do princípio sob a ótica da Convenção de Nova Iorque para, então, avaliar a possibilidade, no direito brasileiro, de aferição da jurisdição *prima facie* do tribunal arbitral pelo Poder Judiciário, nas situações em que há evidente vício de consentimento.

Em seguida, Selma Ferreira Lemes e Andressa Cavalcante escrevem sobre o dever de revelação do árbitro na jurisprudência brasileira sob o fundamento da proteção à relação de confiança entre as partes e o árbitro. Passam, então, a analisar o histórico de regulações sobre o tema, cobrindo o regulamento da *American Arbitration Association* de 1950, a decisão da Suprema Corte Americana de 1968 e as disposições das Regras UNCITRAL de 1976, além das normas vigentes da Lei de Arbitragem e do Regulamento da CCI. Por fim, identificam na jurisprudência pátria a tendência dos tribunais em perquirir se, para além de descumprido o dever de revelação, o fato não revelado teria o condão de macular a sentença arbitral proferida.

Na sexta seção, Debora Visconte e Juliana Gil Felipe analisam estatísticas reveladoras sobre a presença do Brasil e dos vários países da América Latina na Corte de Arbitragem da CCI, da utilização da arbitragem expedita e de árbitro de emergência pelas partes, além de dados sobre diversidade, transparência e as recentes práticas adotadas para endereçar os desafios impostos pela pandemia da Covid-19.

Em seguida, Arnoldo Wald também colabora com uma reflexão sobre a expansão de novos temas de arbitragem no Brasil. Para tanto, discute o

progresso dos debates sobre a ampliação do acesso à arbitragem, centrando sua análise nas contribuições recentes à introdução da arbitragem de classe na prática brasileira, invocando os esforços da comunidade acadêmica para o direcionamento da atualização do direito brasileiro no que se refere à arbitragem, de forma a encorajar os arbitralistas a superar a crise do coronavírus e promover o equilíbrio e controle do instituto.

A segunda parte da obra “Arbitragem. Temas contemporâneos” contém quinze capítulos que abordam diversos temas afetos à aplicação da Lei de Arbitragem ao procedimento arbitral. De início, Vera Cecília Monteiro de Barros e Vânia Wongtschowski Kleiman tratam da importância da audiência de instrução nos processos arbitrais com foco na produção da prova oral, destacando o papel da audiência de arbitragem tanto para a inquirição de testemunhas quanto para a apresentação do caso em disputas complexas. Ponderam que, apesar de a flexibilidade consistir na norma geral no que tange à produção de provas na arbitragem, a audiência de instrução tem-se tornado ferramenta constante, demandando preparações intensas e a necessidade premente de que o tribunal arbitral a conduza de forma eficiente.

No capítulo 27, José Emilio Nunes Pinto esclarece, de antemão, que seu objetivo não é de trazer reflexões acadêmicas, mas sim colecionar dados sobre os procedimentos arbitrais com um intuito analítico-reformador e formativo-pedagógico. Assim, delimita o foco do artigo à produção de provas na prática arbitral brasileira, destacando os tipos de prova comuns e o funcionamento das audiências, a fim de compará-las com as práticas aplicadas internacionalmente. Propõe o autor que a experiência brasileira possa desenvolver uma prática arbitral unificada, com o intuito de aproximar a arbitragem nacional a internacional, legitimando, assim, o Brasil como uma sede de arbitragens internacionais.

Na sequência, Arnoldo Wald destaca que a maior parte das arbitragens envolve negócios jurídicos de longa duração e, em decorrência da necessidade de uma solução rápida ao conflito, os litigantes podem optar, durante o processo arbitral, pela mediação ou conciliação. Partindo dessa premissa, defende o uso estratégico da arbitragem pelos empresários, valendo-se da oferta de outros métodos de resolução de controvérsias. Destacando como uma das qualidades do árbitro a capacidade de levar as partes a uma composição amigável, sugere, como verdadeiro dever dos árbitros, apresentar às partes a oportunidade de conciliação, tendo em vista que a maioria dos acordos ocorrerem no curso do processo arbitral. Para tanto, evidencia técnicas adotadas pelos árbitros para o alcance da autocomposição e apresenta casos práticos bem-sucedidos.

Gilberto Giusti analisa a ação anulatória de sentenças arbitrais por meio de uma retrospectiva jurisprudencial, ressaltando o papel fundamental do Poder Judiciário, liderado pelo STJ, com o alinhamento dos tribunais estaduais, para consolidação da arbitragem nos últimos 25 anos. Assumindo uma posição de observador, sem especular sobre a qualidade do controle

exercido pelo Judiciário sobre as sentenças arbitrais, o autor pontua que o Judiciário tem sido da vez menos intervencionista e mais cooperativo com a arbitragem, ressaltando certo rigor interpretativo de magistrados na aplicação da Lei de Arbitragem. Por fim, sinaliza a importância da interação entre advogados, árbitros, juristas e magistrados para troca de informações e aprimoramento recíprocos em matéria de arbitragem.

Em seguida, Selma Ferreira Lemes contribui com uma importante análise da extensão da cláusula compromissória a terceiros vinculados a grupos econômicos, grupos societários e grupos de contratos que não firmaram a convenção de arbitragem. Para tanto, a autora analisa a teoria da extensão da cláusula compromissória a não signatários à luz do princípio da autonomia da vontade das partes, e tece considerações acerca da interpretação restritiva da extensão da convenção de arbitragem, hipótese que entende refletir os objetivos da Lei de Arbitragem.

No capítulo 31 Felipe Vollbrecht Sperandio discorre sobre a possibilidade de indenização por perdas e danos decorrentes do descumprimento da convenção de arbitragem. Na ausência de tratamento da hipótese pelas Cortes e Tribunais brasileiros, recorre o autor à jurisprudência internacional para contribuição ao debate. Nesse sentido, o autor adota uma perspectiva comparada, examinando os diferentes remédios adotados por outros países de tradição civilista.

Arnoldo Wald tece, no capítulo 32, análise comparativa entre a sentença arbitral parcial e o tratamento conferido à sentença parcial pelo Novo Código de Processo Civil, considerando a evolução do regime jurídico em ambos os contextos, os princípios processuais positivados pela Lei de Arbitragem de 1996, e as particularidades introduzidas pela reforma de 2015. Nesse contexto, traça um panorama das vantagens dessa ferramenta processual, ressaltando o alcance de maior número de acordos em procedimentos nos quais uma sentença parcial tenha sido proferida.

Retomando a temática das arbitragens coletivas no Brasil, Ana Luiza Nery e Rômulo Greff Mariani apresentam, no capítulo 33, a evolução do estudo e da prática da modalidade no país em comparação à prática observada nos Estados Unidos. Passam, então, a analisar como a arbitragem pode contribuir para a efetividade das pretensões coletivas no Brasil, considerando importantes aspectos já consagrados da prática arbitral como a celeridade, especialização e flexibilidade do procedimento. Assim, em linha com as demais contribuições da obra sobre a arbitragem coletiva, os autores reputam-na um grande avanço em termos de acesso à justiça aos membros da classe representada.

Em seguida, Lauro Gama trata do direito administrativo consensual e a arbitragem com a Administração Pública, a partir de estudo de importante decisão em disputa envolvendo contrato de parceria público-privada de saneamento básico, firmado entre a empresa SAGUA – Soluções Ambientais de Guarulhos S.A. e o Município de Guarulhos. Para tanto, analisa a aplicação

dos requisitos previstos no art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem para se instaurar a arbitragem tendo como parte a Administração, comentando os acertados fundamentos da decisão do tribunal arbitral que se reconheceu competente para processar e julgar a controvérsia.

No capítulo 35, Fernando de Oliveira Marques discorre sobre a possibilidade da utilização de arbitragem em matéria concorrencial. Inicia sua contribuição com um histórico da arbitragem no Brasil, passando pelos principais marcos legais e jurisprudenciais da prática no país, destacando aspectos da evolução jurisprudencial e legislativa que culminaram na arbitrabilidade de disputas antitruste. Suscitando as vantagens da utilização da arbitragem no domínio concorrencial, explica que, apesar da aparente incompatibilidade entre direitos indisponíveis regulados pelo direito concorrencial e os limites objetivos da arbitragem, as consequências das violações aos deveres concorrenciais podem gerar discussões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, esses plenamente arbitráveis.

Na sequência, Thiago Marinho Nunes desafia a conduta ética na arbitragem, principalmente no que se refere à perspectiva do árbitro e seus auxiliares. Faz breve introito sobre as expectativas comportamentais na arbitragem, acentuando o importante papel da confiança entre partes e árbitros, para, então, discorrer sobre os deveres éticos do árbitro, citando duas práticas que considera fundamentais: as entrevistas prévias com os árbitros e a criação de novos standards para o exercício do dever de revelação, prevendo a possibilidade de sucessivos questionários de conflito de interesse. Por fim, analisa a conduta ética de quem auxilia o julgador, destacando a necessidade de observância dos mesmos deveres pelos secretários administrativos dos tribunais, pelos peritos e testemunhas técnicas.

No próximo capítulo, mais um dos grandes árbitros brasileiros, Hermes Marcelo Huck, realiza sua retrospectiva dos últimos 25 anos de arbitragem no Brasil. Destacando, inicialmente, o inquestionável sucesso da arbitragem no país ao longo desse quarto de século, propõe uma análise crítica sobre a prática, diagnosticando problemas atuais do processo arbitral brasileiro e alertando para a necessidade de constante aperfeiçoamento por parte da comunidade arbitral. Entre as críticas, aponta o desnecessário medo dos árbitros em relação às ações anulatórias, as sentenças arbitrais com pouca qualidade jurídica e a repulsa ao Código de Processo Civil. Após tecer breves comentários sobre a influência do *common law* e do *civil law* sobre os tribunais arbitrais internacionais, conclui que, no cenário doméstico, não há mais espaço para se alegar desconhecimento sobre arbitragem.

No capítulo 38, Bruno Guandalini propõe uma discussão acerca da importância dos poderes inerentes dos árbitros para garantir a segurança jurídica na arbitragem, como forma de se neutralizar o uso das “táticas de guerrilha” pelas partes e advogados, cada vez mais comuns nos procedimentos arbitrais. Analisa as fontes dos poderes inerentes aos árbitros, destacando a diferença de tratamento do tema no regime *common law* em comparação ao *civil law*, e identificando os limites para o seu exercício.

Clávio Valença Filho dedica capítulo a analisar a hipótese em que a parte não dispõe de patrimônio necessário para instaurar o procedimento arbitral e se encontra em possível situação de denegação de justiça. Como solução ao impasse, examina, do ponto de vista do devedor falido que não possui condições de arcar com as custas do procedimento arbitral, a possibilidade de desvinculação das partes à convenção de arbitragem, a ensejar a submissão de demanda ao Poder Judiciário e a apresentação de demanda reconvenicional em procedimento arbitral.

Encerrando a Parte II, Carlos Eduardo Stefen Elias e Amauri Silvestre Pavão descrevem o procedimento comum de nomeação dos árbitros pelas partes e pela câmara arbitral, além de destacarem eventuais impasses que podem ocorrer ao longo da constituição do tribunal arbitral. Os autores discutem a confirmação do árbitro, apontando recorrentes motivos que levam a câmara arbitral a não confirmar um árbitro ou as partes a impugnarem o profissional escolhido pela contraparte. Com relação à substituição, inexistindo a figura do árbitro suplente, apontam que as câmaras tendem a restabelecer o procedimento utilizado para nomear o árbitro substituído. Por fim, destacam o dever das câmaras de aperfeiçoarem os respectivos métodos de constituição dos tribunais arbitrais a fim de efetivar a prerrogativa das partes de escolherem os julgadores, evitando-se a interferência do Judiciário.

A terceira e última parte da obra “25 anos da Lei de Arbitragem” dedica-se à compilação de documentos que registram o nascimento desse importante paradigma do direito brasileiro. Do discurso de apresentação do anteprojeto de lei pelo então Senador Marco Maciel, com a íntegra do PL nº 78/1992, até os discursos do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, do Vice-Presidente da República, Marco Maciel, e do eminente jurista Petronio Muniz durante a cerimônia de sanção da Lei de Arbitragem, no Palácio do Planalto, em 23 de setembro de 1996.

Como visto, a obra comentada vai muito além de esforço doutrinário, consistindo, na Parte III, em verdadeiro produto historiográfico que documenta os primeiros ensaios da experiência arbitral no país, prestando homenagem a importantes nomes que, ao seu tempo, mantiveram acesos os debates sobre a adequação da via arbitral para a solução de controvérsias, estabelecendo as fundações para a revolução operada no último quartel do século XX.

A coletânea é obra obrigatória para todo arbitralista brasileiro e estrangeiro que busca conhecer as raízes da arbitragem no país, bem como os avanços já incorporados na prática e os próximos temas que estarão em debate nas Cortes judiciais e arbitrais e, muito provavelmente, no Congresso Nacional.



WALD, Arnaldo; FERREIRA, Selma Lemes (Coord.).
25 years of Brazilian Arbitration Act (1996-2021).
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021³.

The collection “25 years of the Arbitration Act (1996-2021)”, published by Revista dos Tribunais, is organized by the Brazilian jurists Arnaldo Wald and Selma Ferreira Lemes, two stellar figures and pioneers of arbitration in Brazil. The first, Professor Emeritus of the University of the State of Rio de Janeiro, and Honorary President of the Arbitration Committee of the Federal Council of the Brazilian Bar Association, witnessed and actively participated in the initial efforts to introduce arbitration in the Brazilian market and became the country’s first representative at the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce - ICC. The second, his successor in the representation of the Paris-based institution, integrated the Commission Rapporteur of the Arbitration Act and is, without a doubt, one of the most renowned Brazilian arbitrators in activity. The partnership could not be more adequate to the greatness of the project.

The piece consists of a proper intergenerational meeting between great Brazilian jurists who dedicated decades to the arduous mission of introducing and developing the practice of arbitration in Brazil and the new generations of arbitration practitioners, who had their training anchored in the lessons of the former. In all, more than fifty of the greatest Brazilian arbitration practitioners comment on their experiences with the already noticeable legacy of the Arbitration Act in the country and, especially, on their perspectives on the advances expected from said legal diploma, which is the base for a vibrant and dynamic field of law⁴.

With a preface by Professor Carlos Alberto Carmona, who, like Selma Ferreira Lemes, was part of the Commission Rapporteur of the Brazilian Arbitration Act, the volume starts with the testimony of the rapid ascent of the arbitration practice in Brazil after the difficult first years of testing the method before the courts and legislative chambers. Carmona celebrates the completion of the work, toasting, together with professors, colleagues, and students, the success of arbitration in Brazil⁵.

The work consists of forty-three chapters divided into three parts. The first one - “Arbitration in time: past and present” - deals with the history

3 Translation by Arnaldo de Paula Wald, associate lawyer at Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados, graduated from Mackenzie Presbyterian University (UPM). He holds an LL.M. in International Dispute Resolution from Pepperdine Caruso School of Law.

4 The passing of 25 years of the Arbitration Act represents a milestone in which experts in the field engage in reflections on the subject. In this sense, we also highlight the release of the work *Studies on the evolution of arbitration and mediation in Brazil*, São Paulo: SESI-SP, 2021, organized by the retired Justices of the STF Ellen Gracie Northfleet and Sydney Sanches, who contributed immensely to the expansion of arbitration and other dispute resolution mechanisms in the country.

5 This toast was echoed in an event held in the city of São Paulo, for the launching of the collection, which was attended by several of its authors, including Professor Hermes Marcelo Huck and Dr. José Emilio Nunes Pinto, who, together with the audience, personally greeted its organizers.

and evolution of the arbitration in the Brazilian legal system and practice, highlighting the process of enactment of the Arbitration Act, the proliferation of arbitration chambers and arbitration regulations in the country, the case law on arbitration, and the wide adoption of the dispute resolution method by the Public Administration. These essential aspects consolidated Brazil among the most significant users of arbitration worldwide. The second part - "Arbitration. Contemporary Issues" - seeks to shed light on important nuances debated in the current arbitration practice, considering the advances of the method over the past 25 years. Finally, the third and last part - "Miscellaneous Documents" - compiles relevant documents from the legislative process that gave rise to the Arbitration Act.

Part I contains twenty-five chapters divided into seven sections. In the first of them, four chapters analyze the background of the Arbitration Act, its drafting, reform, and interaction with the New York Convention for the recognition of foreign arbitral awards.

Pedro Batista Martins, also a Commission Rapporteur for the Brazilian Arbitration Act, opens Part I with the chapter entitled "The 25 Years of the Arbitration Act. A Brief Look at the Previous Scenario". The author pays tribute to other actors who have contributed to the debate on arbitration in Brazil. Through a fluid narrative that begins in the 1920s until the beginning of the 21st century, excerpts from books, monographs, and decisions representing actual landmarks of arbitration in the country are collated. In this way, the author delves into the main turbulences faced by arbitration over the years, highlighting decisive doctrinal and jurisprudential clashes for its understanding, which finally culminated with the initiative of drafting the Arbitration Act.

Next, José Carlos de Magalhães contributes with a historical approach to arbitration from a global perspective. The author discusses the course of international arbitration over the years within the scope of international trade. To do so, he approaches the method regarding the change in the world's economic order that took place in the 20th century, as well as the effects of the New York Convention in the reduction of the monopoly of state jurisdiction and the correlative growth of arbitration, both globally and in Brazil. He also highlights the contribution of the University of São Paulo's Law School to the development of the debate on the role of arbitration with public entities in attracting foreign investments. Thus, the author concludes that the global adherence to arbitration stems from the international economic dynamics, and that the change in Brazilian law was a product of these transformations.

In the sequence, Adriana Braghetta and Silvia Rodrigues Pachikoski address the exponential growth of the use of arbitration in Brazil because of some of its key advantages as compared to the judicial process. The authors argue that the success of arbitration in Brazil originates from the enactment of the Arbitration Act, which was the object of a significant reform when the enactment of Law No. 13,129/2015, thought by a committee of jurists

formed to adapt the Brazilian legal system to the complexities of modern legal relations. They thoroughly analyze the update of the law.

Although the New York Convention strongly influences the Brazilian Arbitration Act, there is some resistance from the Superior Court of Justice in its direct application to recognize foreign arbitral awards. Chapter 4, authored by Nadia de Araujo, focuses specifically on the subject, highlighting the Convention's importance for resolving disputes arising from international trade, as well as the benefits of the application of the New York Convention from a perspective compared with the Arbitration Act. The author argues that the direct application of the Convention by the Brazilian courts would encourage Brazil's participation in international trade, providing greater legal security by approaching the treatment performed by other signatory countries on recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

The subsequent section of Part I, entitled "The laws and regulation in the arbitration with the public administration," brings five contributions that propose to analyze the impact of the regulation on the performance of the various federal entities and their specialized agencies in the dynamics of arbitration with the Public Administration.

In this context, Gustavo Albuquerque and Paula Butti Cardoso comment, in chapter 5, on the main federal regulations governing public entities' performance in arbitration proceedings. The authors highlight the important role of the legislative change that occurred in 2015 with Law No. 13,129, settling any doubts regarding the possibility of the Public Administration being a party in arbitration proceedings. They also address specific issues, such as the publicity of the proceedings and the provision for liability for costs and fees, concluding that despite the regulation of the subject, there was no plastering of the performance of the Public Administration in arbitration; on the contrary, an environment of greater security was created for the inclusion of arbitration clauses in public contracts.

Then, Cristina M. Wagner Mastrobuono and Bruno Lopes Megna discuss, in chapter 6, about a specific topic: the participation of the State of São Paulo in arbitration proceedings. The authors perform a brief historical contextualization of the economic development of the State of São Paulo until the first experiences with the arbitration. Then, they address the particularities of state regulations, the arbitration agreement requirements, the appointment of arbitrators, procedure, selection of arbitral institutions, and other peculiarities of arbitration with the State. Finally, they focus on the São Paulo state regulation of arbitration with the Public Administration as a necessary security measure for the stability and progress of the arbitration as a method of dispute resolution between private parties and the state.

The analysis of arbitration at the subnational level is not limited to the State of São Paulo. Flávia Bittar Neves, in Chapter 7, brings similar considerations about the experience of the States of Minas Gerais and Espírito Santo in arbitration proceedings. For this, they perform a

contextualization of the background of Minas Gerais and Espírito Santo's law that allowed, together with the economic and legal transformation of the States, the development of the arbitration practice with their respective local administrations. Furthermore, the author analyzes the specificities of the regulations relevant to the conduct of the arbitration procedure, highlighting the requirement of legislative authorization so that the Public Administration entities of such states could submit disputes to arbitration, which have been determinant for the increasing number of arbitration agreements in public contracts.

Then, Bruno Fernandes Dias and Gustavo Fernandes de Andrade also comment on the participation of the State of Rio de Janeiro in arbitration proceedings. The authors then focus on examining the main legal aspects of State Decree No. 46.245/2018 which, in the wake of other federal entities, sought to regulate the State's participation in arbitration. Finally, central aspects of the norm are highlighted, such as the method of registration of arbitral institutions, the duty of disclosure of arbitrators, the exercise of publicity, the adaptability of the procedure to international guidelines, among others.

Next, Riccardo Giuliano Figueira Torre reflects on the current stage of development of public-private arbitration. First, the author relates the considerable increase in the participation of the Public Administration in arbitrations to the privatization of Brazilian state-owned companies and the limitations of the Judiciary to hear and judge highly specialized disputes between the Public Administration and regulated companies. Then, he analyzes several laws that consolidated arbitration as a means of conflict resolution with the Public Administration at the federal level. In this sense, the author comments on the main legislative novelties introduced after the reform of the Arbitration Act, bringing controversial points, highlighting the need to solve them to avoid arbitration suffering from the same vices identified in judicial lawsuits.

The third section, "The Rules of the Arbitration Chambers", contains seven chapters in which the rules of the main arbitration chambers operating in Brazil are analyzed from the perspective of their users and institutional members, providing readers, whether they are legal practitioners or parties to complex contracts, the opportunity to become familiar with the peculiarities and vocations of each set of rules and then identify the most appropriate service for the various types of disputes.

Opening the section, Arnaldo Wald and Tiago Adão Ticoulat Parassú Borges analyze the novelties of the Rules of the International Chamber of Commerce - ICC, in force since January 2021, exploring the main points of reflection brought by Professor Eduardo Silva Romero in a publication in vol. 4/2020 of *Revue de l'Arbitrage*. They point out, at first, that the content of the 2021 Rules does not represent a "revolution", but rather an adaptation of the Court to the new arbitral paradigms related to performance, transparency,

and flexibility of the procedure, as well as the adoption of a more business-oriented vision. They conclude, in this sense, that the 2021 Rules came to ensure greater efficiency of the procedure as well as transparency in arbitration incorporated in the new provisions regarding the independence and impartiality of the arbitrators.

Next, Eleonora Coelho and Patrícia Shiguemi Kobayashi discuss the history and evolution of the arbitration regulations of the Arbitration and Mediation Center of the Brazil Canada Chamber of Commerce - CAM-CCBC. Emphasizing the role of the CAM-CCBC in the development of arbitration practice in Brazil, they analyze the main features of the 2012 Rules. Then, they highlight the role of the administrative resolutions issued by the Center in order to update and maintain case management at international standards, ensuring the satisfaction of the objectives of the CAM-CCBC. Finally, they highlight the maturation of Brazilian arbitration over the past decades and present their perceptions and expectations regarding the next updates of the CAM-CCBC Rules.

In chapter 12, Sydney Sanches, João Luiz Lessa Neto, and Lilian Elizabeth Menezes Bertolani, approach the organizational structure and the performance of the CIESP/FIESP Conciliation, Mediation and Arbitration Chamber in the administration of its cases. Based on the Chamber's statistics, they highlight its vast experience in resolving complex disputes, not only through arbitration, but also through mediation. The authors present a growing panorama of arbitration with the Public Administration administered by the Chamber, featuring the amounts involved. Finally, they emphasize the Chamber's concern with diversity and its continuous effort to modernize its practices.

Next, chapter 13 addresses the experience of the Chamber of Business Mediation and Arbitration - Brazil (CAMARB), one of the main arbitral institutions in Brazil, focusing on its "emancipation" by becoming a non-profit association and the challenges of such decision. Augusto Tolentino and Raquel Marangon report on the Chamber's "nationalization" project (which focused on expanding its presence in all regions of the country), analyze the evolution of CAMARB's Regulations and highlight the Corporate Mediation and Dispute Boards as alternative dispute resolution services. Finally, they report on their initiative to promote the largest arbitration simulation competition in Latin America, disseminating the dispute resolution method among students and young lawyers.

Then, Riccardo Giuliano Figueira Torre analyzes the first Brazilian regulation on collective arbitration approved by the Center for Mediation and Arbitration of the Portuguese Chamber of Commerce in Brazil (CMA-CPCB). Chapter 14 begins by highlighting the growing debate about collective arbitration in Brazilian law as an instrument to enforce the constitutional principle of access to justice. Regarding the rules recently approved by the CMA-CPCB, he points out their main characteristics, such as active standing

for the commencement of arbitration and class representation. Next, he highlights important issues related to the procedure's publicity to ensure the possibility of adhesion of all represented class members. Following, the author comments on the current challenges for the consolidation of collective arbitration in Brazil and elects four topics for further study: (a) objective arbitrability; (b) perfection of consent; (c) the participation of the Public Prosecutor's Office; (d) the effects on collective corporate arbitration.

Gabriela Wallau opens the following chapter by highlighting the important role of institutions in the standardization of arbitration practices, which she uses as a starting point to analyze the objectives pursued with the preparation of the Rules of the FEDERASUL Arbitration Chamber (CAF), highlighting the origin and structure of arbitration. It also focuses on the effects of the selection of the Chamber for the administration of the procedure, the method of composition of the Arbitral Tribunal, the peculiarities of the expedited arbitration offered by the Rules, and its choice of secrecy as a rule.

Closing the third section, Grasiela Cerbino and Felipe Sebastian Caldas Vêras comment on the history of the Market Arbitration Chamber (CAM-B3), going through the context of its creation, rules of its Arbitration Regulations, focusing on the Rules currently in force. From there, they discuss the future challenges of the Chamber, considering the significant increase in the number of cases, as well as its importance to the domestic arbitration scenario within the capital markets. Finally, the authors also provoke the reader to reflect on the present and future of arbitration in corporate matters, especially given the Brazilian vanguard in legislating specifically on the subject.

The fourth section of Part I provides an overview of the evolution of Brazilian case law on arbitration, highlighting fundamental issues such as the constitutionality of the Arbitration Act and the interaction between arbitration tribunals and Brazilian courts, in their most essential intersections.

Arnoldo Wald opens the section with an overview of the Brazilian Arbitration's history, from its occasional use until the 1990s, showing that such exceptionality, justified by the uncertainties regarding its constitutionality, prevented, despite the legal provision, its proliferation during that period. The author then analyzes the repercussions of the advent of the 1996 Law and the developments that culminated in the declaration of its constitutionality by the Federal Supreme Court. He also reports on the evolution of the jurisprudence of arbitration in the STF and in the STJ after amendment 45/2004, recognizing the construction and consolidation of a pro-arbitration case law, with emphasis on the use by mixed economy companies and other agencies of the Public Administration.

Following up on the topic, former STF Justice Ellen Gracie Northfleet reports on the important role of the STJ in the progress of arbitration in Brazil. She refers to several decisions that have formed a consistent and encouraging case law for the development of arbitration in the country. She attributes the consolidation of arbitration to decisions that made arbitration

clauses effective, highlighting that pretorian constructions have anticipated legislative provisions. She refers to applying essential principles to the effectiveness of arbitration, such as motivated free conviction. Finally, the chapter highlights the essential role of the Federal Senate committee led by the STJ's minister, Luis Felipe Salomão, in the legislative consolidation of the Court's modern tendencies.

In the sequence, Fernando Eduardo Serec, Lucas Britto Mejias, and Marina Chamusca Passos study the jurisprudential behavior, mainly of state and federal courts, regarding three matters they consider especially important to the development of arbitration in Brazil: the application of the principle of Competence-Competence, mitigating it only in cases of "manifest defects"; the tendency of courts to respect the restrictive list in article 32 of the Arbitration Act, annulling arbitration awards only when procedural defects listed in that provision are present; and the assertive position of the majority jurisprudence of not granting the anticipated production of evidence without the requirement of urgency.

Closing the section, Arnaldo Wald returns to the scene to discuss the decision of the STJ, which held that the incident of conflict of jurisdiction is appropriate to settle differences regarding the definition of jurisdiction between the Judiciary and the arbitral tribunals, allowing the parties, in this case, to appeal immediately and directly to the STJ. To this end, the author transcribes important excerpts of the opinions of Justice Nancy Andrighi and Justice Luis Felipe Salomão in the case (Jurisdiction Conflict no. 111.230/DF), which were emblematic once they legally leveled the judicial judgment and the arbitral award, as grounds to justify the suitability of the recourse of the jurisdiction conflict in the case. The author considers the judgment fundamental for the effectiveness of arbitration in Brazil.

The fifth section, entitled "Arbitration Jurisprudence", brings an analysis of the application, by the Judiciary, of the Competence-Competence principle, as well as the scrutiny of the exercise of the duty of disclosure by the arbitrators considering the criteria defined by the STJ case law.

Rodrigo Garcia da Fonseca reports on the *prima facie* analysis of the arbitral jurisdiction by the Judiciary, identifying, in the main normative sources, the treatment of the application of the Competence-Competence principle. Chapter 21 seeks to understand the scope of the principle under the New York Convention and then assesses the possibility, under Brazilian law, of evaluating the *prima facie* jurisdiction of the arbitral tribunal by the Judiciary in situations where there is a manifest defect of consent.

Next, Selma Ferreira Lemes and Andressa Cavalcante write about the duty of disclosure of the arbitrator in Brazilian case law on the grounds of protection of the relationship of trust between the parties and the arbitrator. They then analyze the history of regulations on the subject, covering the American Arbitration Association's 1950 regulations, the 1968 decision of the U.S. Supreme Court, and the provisions of the 1976 UNCITRAL Rules, in

addition to the current rules of the Arbitration Act and the ICC Rules. Finally, they identify in the case law of the Brazilian courts a tendency to question whether, in addition to the breach of the duty of disclosure, the undisclosed fact could have the effect of invalidating the award rendered.

In the sixth section, Debora Visconte and Juliana Gil Felipe analyze revealing statistics on the presence of Brazil and the various Latin American countries at the ICC Court of Arbitration, the use of expedited arbitration and emergency arbitrator by the parties, as well as data on diversity, transparency and the recent practices adopted to address the challenges imposed by the Covid-19 pandemic.

Closing the first part of the book, Arnaldo Wald contributes two chapters in which he presents his perspectives on the evolution of Brazilian doctrine and the future of arbitration. In the first, the author recalls the origin of arbitration in Brazil, stressing that its trajectory was different from that observed in other countries, having been driven by the initiative of lawyers and jurists before the decisive action of the Brazilian legislature. The professor reports the existence of two phases that explain the wealth of publications on the subject: (i) the doctrine that generated the Law; and (ii) the collaboration of professors, lawyers, and jurists in the development of the dispute resolution method after the Arbitration Act, recognized by the author for its modernizing character.

Next, Arnaldo Wald also reflects on the expansion of new arbitration issues in Brazil. To that end, he discusses the progress of the debates on expanding access to arbitration, focusing his analysis on the recent contributions to the introduction of class arbitration in Brazilian practice, invoking the efforts of the academic community to direct the updating of Brazilian law concerning arbitration, to encourage arbitrators to overcome the coronavirus crisis and promote the balance and control of arbitration.

The second part of the book "Arbitration. Contemporary Issues" contains fifteen chapters that address various topics related to the application of the Arbitration Act to arbitration proceedings. At first, Vera Cecília Monteiro de Barros and Vânia Wongtschowski Kleiman address the importance of the evidentiary hearing in arbitration proceedings with a focus on the production of oral evidence, highlighting the role of the arbitration hearing both for the examination of witnesses and for the presentation of the case in complex disputes. They point out that while flexibility is the general rule for producing evidence in arbitration, the evidentiary hearing has become a constant tool, requiring intensive preparations and the urgent need for the arbitral tribunal to conduct it efficiently.

In chapter 27, José Emilio Nunes Pinto clarifies that his goal is not to bring academic reflections but collect data on arbitration proceedings with an analytical-reformative and formative-pedagogical purpose. Thus, he delimits the article's focus to the production of evidence in the Brazilian

arbitration practice, highlighting the common types of evidence and the functioning of the hearings, comparing them with the practices applied internationally. Finally, the author proposes that the Brazilian experience can develop a unified arbitration practice, to bring national arbitration closer to international arbitration, thus legitimizing Brazil as a seat of international arbitration.

Next, Arnaldo Wald highlights that most arbitrations involve long-term legal business and, due to the need for a quick solution to the conflict, parties may opt, during the arbitration proceeding, for mediation or conciliation. Based on this assumption, he defends the strategic use of arbitration by businessmen, associating with other dispute resolution methods. He highlights that the ability to lead the parties to an amicable composition is one of the qualities sought in an arbitrator; thence, he suggests that arbitrators should have the actual duty to present to the parties the opportunity for conciliation, considering that most settlements occur during the arbitration proceeding. To this end, he points out techniques adopted by arbitrators to achieve self-composition and presents successful case studies.

Gilberto Giusti examines the annulment action of arbitral awards through retrospective case law analysis, emphasizing the fundamental role of the Judiciary, led by the STJ, with the alignment of state courts, for the consolidation of arbitration in the last 25 years. Assuming a position of an observer, without speculating about the quality of the control exercised by the Judiciary over the arbitration awards, the author points out that the Judiciary has been less interventionist and more cooperative with arbitration, although asserts a certain interpretative rigor of certain judges in the application of the Arbitration Act. Finally, he highlights the importance of interaction among lawyers, arbitrators, jurists, and magistrates to exchange information and reciprocal improvement in arbitration matters.

Next, Selma Ferreira Lemes provides an important analysis of the extension of arbitration clauses to third parties related to economic groups, corporate groups, and groups of contracts that have not signed the arbitration agreement. To this end, the author analyzes the theory of extending the arbitration clause to non-signatories in light of the principle of the autonomy of the parties, and comments on the restrictive interpretation of the extension of the arbitration agreement, which she believes reflects the objectives of the Arbitration Act.

Then, Felipe Vollbrecht Sperandio discusses the possibility of compensation for losses and damages resulting from a breach of the arbitration agreement. In the absence of treatment of such hypothesis by the Brazilian courts and tribunals, the author resorts to comparative case law as a contribution to the debate. In this sense, the author adopts a comparative perspective, examining the different remedies adopted by other countries of civil law tradition.

Arnoldo Wald discusses, in chapter 32, a comparative analysis between the partial arbitration award and the treatment conferred to the partial judgments rendered by the Judiciary under the New Civil Procedure Code, considering the evolution of the legal regime in both contexts, the procedural principles established by the Arbitration Act of 1996, and the particularities introduced by the 2015 Arbitration reform. In this context, the chapter outlines an overview of the advantages of this procedural tool, highlighting the achievement of a greater number of amicable settlements in proceedings in which a partial award has been rendered.

Returning to the topic of collective arbitration in Brazil, Ana Luiza Nery, and Rômulo Greff Mariani present, in chapter 33, the evolution of the study and practice of arbitration in the country compared to the practice observed in the United States. They then analyze how arbitration can contribute to the effectiveness of collective claims in Brazil, considering essential aspects already established in arbitration practice, such as speed, specialization, and flexibility of the procedure. Thus, in line with the other contributions of the work on collective arbitration, the authors consider it a significant advance in terms of access to justice for members of the represented class.

Next, Lauro Gama deals with consensual administrative law and arbitration with the Public Administration, based on the study of an important decision in a dispute involving a public-private partnership contract for basic sanitation, signed between the company SAGUA - Soluções Ambientais de Guarulhos S.A. and the Municipality of Guarulhos. To this end, he analyzes the application of the requirements provided for in art. 1, § 1 of the Arbitration Act for the commencement of arbitration with the Public Administration as a party, commenting on the proper grounds of the decision of the arbitral tribunal that recognized its competence to decide on the dispute.

In chapter 35, Fernando de Oliveira Marques discusses the possibility of arbitration in competition law matters. He begins his contribution with a history of arbitration in Brazil, going through the main legal and jurisprudential milestones of the practice in the country, highlighting aspects of case law and legislative developments that culminated in the arbitrability of antitrust disputes. signaling the advantages of the use of arbitration in the competition law field, he explains that, despite the apparent incompatibility between non-patrimonial rights regulated by competition law and the objective limits of arbitration, the consequences of violations of competition duties may generate discussions related to property rights, which are fully arbitrable under Brazilian law.

Next, Thiago Marinho Nunes unravels the ethical conduct in arbitration, especially regarding the arbitrator's perspective and his assistants' perspective. He makes a brief introduction on the behavioral expectations in arbitration, emphasizing the critical role of trust between parties and arbitrators, and then discusses the ethical duties of the arbitrator, citing two practices he

considers fundamental: prior interviews with the arbitrators and the creation of new standards for the exercise of the duty of disclosure, and providing for the possibility of successive conflict of interest questionnaires. Finally, he analyzes the ethical conduct of those who assist the judge, highlighting the need for them to follow the same duties as required for court administrative secretaries, experts, and technical witnesses.

In the following chapter, another prominent Brazilian arbitrator, Hermes Marcelo Huck, makes his retrospective of the last 25 years of arbitration in Brazil. Initially highlighting the unquestionable success of arbitration in the country over this quarter-century, he proposes a critical analysis of the practice, diagnosing current issues of the Brazilian arbitration procedure and warning about the need for constant improvement by the arbitration community. Among the criticisms, he points out the arbitrators' unnecessary fear of annulment actions, the overall poor quality of the arbitral awards, and the repulsion by the practitioners to the Code of Civil Procedure. After making brief comments on the influence of common law and civil law on international arbitral tribunals, he concludes that, in the domestic scenario, there is no longer any room to allege ignorance about arbitration.

In chapter 38, Bruno Guandalini proposes a discussion on the importance of the inherent powers of arbitrators to ensure legal certainty in arbitration, as a way to neutralize the use of "guerrilla tactics" by parties and lawyers, increasingly common in arbitration proceedings. He analyzes the legal sources of the powers inherent to arbitrators, highlighting the difference in the treatment of the subject under common law as compared to civil law, and identifying the limits to their exercise.

Clávio Valença Filho dedicates a chapter to analyze the hypothesis that the party does not have the necessary financial capacity to initiate arbitration proceedings and finds itself in a possible denial of justice. As a solution to the impasse, he examines, from the point of view of the bankrupt debtor who cannot afford the costs of the arbitration proceeding, the possibility of the parties to unbind themselves from the arbitration agreement, which may give rise to the right of submitting a claim to the Judiciary and the presentation of a counterclaim in arbitration proceedings.

Closing Part II, Carlos Eduardo Stefen Elias, and Amauri Silvestre Pavão describe the standard procedure for appointing arbitrators by the parties and the arbitral institution, highlight possible issues that may occur during the constitution of the arbitral tribunal. The authors discuss the confirmation of the arbitrator, pointing out recurrent reasons that lead the arbitral institution not to confirm an arbitrator or the parties to challenge the arbitrator chosen by the counterparty. Concerning replacement, in the absence of the prior appointment a replacement arbitrator, they point out that the institutions tend to reestablish the procedure used to appoint the replaced arbitrator.

Finally, they emphasize the duty of the institution to improve their methods for the constitution of arbitral tribunals to make effective the prerogative of the parties to choose their arbitrators, avoiding the interference of the Judiciary.

The third and last part of the book “25 years of the Arbitration Act” is dedicated to compiling documents that record the origin of this important paradigm of Brazilian law. From the presentation speech of the bill by the then Senator Marco Maciel, with the full text of legislative project No. 78/1992, to the speeches of the President of the Republic, Fernando Henrique Cardoso, of the Vice-President of the Republic, Marco Maciel, and of the eminent jurist Petronio Muniz during the ceremony of sanction of the Arbitration Act, at the Planalto Palace, in Brasília, on September 23, 1996.

As seen, the commented work goes far beyond a doctrinal effort, consisting, as confirmed by Part III, of a true historiographic product that documents the first attempts of introducing the arbitration experience in the country, paying tribute to important names who, in their time, kept alive the debates on the suitability of arbitration as a means to resolve private and public disputes, establishing the foundations for the revolution operated in the last quarter of the twentieth century.

The collection is a must for all Brazilian and foreign arbitration practitioners who seek to know the roots of arbitration in the country, as well as the advances already incorporated into practice and the upcoming issues that will be under debate in the judicial courts and arbitral tribunals and, most likely, in Congress.

RESUMO BIOGRÁFICO

Clarissa Marcondes Macéa: Sócia do Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados, graduada pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Harvard, com formação pela École Nationale d’Administration – ENA (CISAP).

*Partner at Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados, with training from the University of São Paulo, she holds a Master of Laws (LL.M.) degree from Harvard University, with training from the École Nationale d’Administration - ENA (CISAP).

Ernandes Sampaio Ramos: Advogado formado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Possui LL.M. em International Dispute Settlement pela Universidade de Genebra e o Graduate Institute of International and Development Studies.

* Associate lawyer at Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados, graduated from the Federal University of Bahia (UFBA). He holds an LL.M. in International Dispute Settlement from the University of Geneva and the Graduate Institute of International and Development Studies.