LAS CONSTITUCIONES EN EL MERCOSUR. NOTAS A PROPÓSITO DE UNA MAYOR JUDICIALIZACIÓN EN EL ÁMBITO REGIONAL

JOSÉ JAVIER VILLAMARÍN *

I. INTRODUCCIÓN

La actualidad de los procesos de integración económica ha dado pie a la elaboración de trabajos jurídicos, en una materia eminentemente política y económica. La cuestión, como se sabe, se inscribe en un nuevo diseño de las relaciones internacionales caracterizado por una *redefinición* del posicionamiento del Estado-Nación. Ésta viene dada entre otras cosas como una respuesta estructural a la globalización, que ha dado un impulso y una lógica férreas “hacia abajo”, y “hacia arriba”, de suerte que, “este *doble movimiento* —un movimiento de doble democratización—”¹, en lugar de simplemente debilitar la autoridad del Estado-Nación, constituye la formalidad para revalidar su condición como “competidor”, y a la vez como “actor gerenciador”² en los procesos de integración.

En este espectro, es donde los criterios de “*regionalismo*” —en tanto, “conjunto de proyectos políticos” que surgen de la interacción de varios actores— y de “*regionalización*” —en tanto, “conjunto de procesos de integración que se dan en forma efectiva”, independientemente de cualquier ingrediente político³— vienen a predominar en la agenda de las actuales relaciones internacionales. En concomitancia con Ibáñez, creemos válida la di-

¹ GUIDDENS, Anthony, *La tercera vía*, Taurus, Madrid, ps. 44 y 86 a 89.

² LECHINI, Gladys, “El mapa de la integración africana. El caso de la SADC”, en *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, Serie Docencia, n° 54, Rosario, diciembre 1999, p. 26.

³ IBÁÑEZ, Josep, “Regionalismo y regionalización en el sistema internacional”, *La tríada en la economía política internacional contemporánea*, Barcelona, 1999, ps. 5 y 6.

* Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad Central del Ecuador. Estudiante del Posgrado de Actualización en Propiedad Intelectual, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

ferenciación de estas nociones, particularmente, si consideramos que al interior del fenómeno de la integración se amalgaman al unísono y en grado variable, las dimensiones política, económica y cultural ⁴, elementos que lo matizan como un fenómeno “*multidimensional*” ⁵, carácter en el que también se encabalga la globalización ⁶, en tanto que, en ambos procesos, interactúan diversidad de Estados, sociedades y regiones de manera “desigual”, tanto a nivel nacional como regional.

En este contexto, el presente trabajo pretende encarar un estudio constitucional comparativo de dos procesos de integración particulares, el de la Unión Europea y el del Mercosur.

El proceso iniciado en el Tratado de Roma, es considerado como el modelo más acabado de integración, con el desarrollo de una verdadera comunidad de derecho, en la que, en materia comunitaria el eje del Estado individual se sustituye por órganos dotados de competencias “supranacionales” o “supraestatales”, cuyo producto legislativo se aplicará directamente en interés de los Estados, primando sobre el propio orden jurídico, y cuya violación o incumplimiento serán demandados ante un tribunal autónomo, común, permanente y supraestatal, tanto por los Estados, como por los propios órganos comunitarios y los individuos ⁷.

Así, se ha desarrollado el llamado Derecho Comunitario que, según señala la sentencia del Tribunal de Luxemburgo “Costa v. ENEL”, es un “ordenamiento jurídico propio [en el cual] los Estados miembros aunque sólo sea en ámbitos restringidos han limitado sus derechos de soberanía, creando así un cuerpo de derecho que vincula a sus súbditos y a ellos mismos” ⁸.

⁴ *Ibidem*.

⁵ DOUGERTHY, James - PFALTGRAFF, Robert, *Contending Theories of International Relations*, Harper & Row, NY, 1990. Ed. en español, *Teorías en pugna en las relaciones internacionales*, G.E.L., Buenos Aires, 1993, ps. 447, 459 y 474.

⁶ FAZIO VENGOA, Hugo (comp.), *El Sur en el nuevo sistema mundial*, Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanidades, Política y Relaciones Internacionales, Siglo del Hombre Editores IEPRI, Universidad Nacional, ps. 33 y 34. Considérese también la propuesta de Anthony McGrew, en GARCÍA, Caterina, “La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde las relaciones internacionales”, Cursos de Derecho Internacional de Vittoria-Gasteiz, Universidad del País Vasco, Madrid, Tecnos, 1999, ps. 534 y 535.

⁷ MONSANTO, Alberto E., “Derecho internacional y derecho de la integración. (A propósito del Derecho Comunitario)”, en Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Instituto “Estanislao Zavallos” de Estudios Internacionales, año II, n° 5. *Ponencias*, CERIDER, septiembre de 1996, p. 8.

⁸ *Ibidem*.

La mayoría de los países europeos receptaron esta situación en sus constituciones estableciendo fórmulas especiales de delegación de competencias, manifiestas en la figura de la “supranacionalidad”⁹.

En cuanto al proceso de integración iniciado por el Tratado de Asunción, los Presidentes de las Cortes Supremas de los países del Cono Sur concluyeron, en agosto de 1991:

*“Que la futura complementación del Tratado marco de Asunción establezca un sistema institucional que permita el desarrollo de las políticas económicas de integración bajo un orden normativo que garantice la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del derecho comunitario por un tribunal independiente”*¹⁰.

Para llegar a esta conclusión, los Magistrados, consideraron, entre otros, el ejemplo de la Comunidad Europea y su Tribunal de Justicia, y *recomendaron*:

“6) ...para la preservación del perfil comunitario, se requiere que las constituciones nacionales estén adaptadas a las nuevas exigencias del derecho emergente (in fieri), para lo cual es recomendable que... [incorporen en ellas], si fuere necesario, las correspondientes habilitaciones para la delegación de ciertas competencias que hasta hoy habrían estado reservadas a sus órganos, como así también la explicación de las nuevas relaciones de supremacía normativa y la admisión de una justicia común.”

*“10) Que, en síntesis, a los efectos de asegurar el desenvolvimiento gradual de los procesos de integración... [los] Estados... consideren la conveniencia de proceder, en la medida en que fuese necesario, a la reforma o enmienda de sus constituciones para adecuarlas a los cambios precedentemente señalados...”*¹¹.

No obstante estas recomendaciones, se debe considerar que en el proceso de integración del Mercosur, hasta hoy solamente se ha establecido un “esquema institucional intergubernamental regido por el Derecho Internacional”¹²,

⁹ Nótese que el principio de supranacionalidad cobra mayor vigencia, en virtud de que la propuesta del ministro de Relaciones Internacionales de Alemania Joschka Fisher de una “Europa Federal”, al estilo alemán, tiene poca acogida, especialmente porque “a pesar de que la Unión pueda expandirse geográficamente, parece que las ideas y mecanismos para profundizarla están ausentes”, “Debate sobre una Europa Federal”, diario *La Nación*, Buenos Aires, 14 de enero de 2001, p. 6, secc. 7.

¹⁰ DALLA VIA, Alberto, “¿Hacia una Constitución supranacional?”, LL, 1996-D-430. El subrayado es nuestro.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Flavio Floreal González, por su parte, afirma que “en este caso específico no se puede hablar de Derecho Comunitario, sino de Derecho de la Integración, dado que los Estados no han “atribuido potestades a órganos supranacionales, reteniendo la plenitud de sus atributos y procurando alcanzar las metas del mercado común sólo a partir de la cooperación entre los gobiernos” (GONZÁLEZ, F. Floreal,

en el cual, las decisiones en el seno de sus órganos se adoptan por consenso y en la presencia de todos los Estados parte ¹³.

En cuanto a la primacía de las normas emanadas de estos órganos, ni el Tratado de Asunción, ni el Protocolo de Ouro Preto —así como tampoco lo mencionaban los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas— dicen nada respecto de la relación existente entre el orden jurídico del Mercosur y el de los Estados miembros.

En lo que respecta específicamente a la relación existente entre el ordenamiento del Mercosur y los derechos internos de sus miembros, la falta de un órgano jurisdiccional que como en el caso de las Comunidades Europeas establezca la prelación entre ambos ordenamientos, hace necesario recurrir al análisis de las Constituciones de los Estados partes, debiendo destacarse la existencia de importantes asimetrías respecto de la jerarquía normativa del Mercosur, y la falta de adecuación de algunas de ellas a los requerimientos propios de la Integración.

II. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

En la República Argentina, la reforma constitucional de 1994 ha tenido una significativa importancia en el campo de la jerarquía legal de los tratados internacionales, aunque es justo también destacar el valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se ha venido manifestando sobre algunos aspectos de esta temática.

En materia, la jurisprudencia del máximo tribunal argentino evolucionó —al decir de algunos autores— desde una muy opinable distinción entre prevalencia del derecho interno en tiempos de paz y del derecho internacional en tiempos de guerra ¹⁴, lo cual acarreaba la conclusión de que, en tiempos de paz, las leyes del Congreso y los tratados internacionales, como

“Mercosur: un orden jurídico debilitado y dispar la necesidad de un cambio”, LL, 2000-B-1034 y 1035, Sec. Doctrina. Cfr. MONSANTO, “Derecho internacional...”, cit., p. 15.

¹³ Art. 37 del Protocolo de Ouro Preto.

¹⁴ Caso “Merck Química Argentina v. Gobierno nacional” —1948—. Linares Quintana, al respecto, dice que “*la doctrina así sentada trae aparejada lógicamente la consecuencia, de que de modo alguno resulta posible aceptar, de que el sistema constitucional argentino sólo está destinado a regir durante la paz, dejando de funcionar cuando el país está en guerra en causa propia...*”. Y Midón, incluso agrega: “*Es que limitar la vigencia de la Constitución sólo para los momentos de sosiego y tranquilidad es antítesis del constitucionalismo, puesto que la Constitución (...) es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz cuanto en tiempos de guerra...*”. Ver LINARES QUINTANA, S. V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1953, t. 2, p. 228, en REY CARO, Ernesto *et al.* “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, *Estudios de Derecho Internacional*, Marcos Lerner, Córdoba, p. 19. MIDÓN, Mario A., *Manual de derecho constitucional argentino*, Plus Ultra, Buenos Aires, ps. 113 y 114.

componentes del ordenamiento jurídico interno, estaban sujetas al principio con arreglo al cual normas posteriores derogan a las de fecha anterior que se les opongan ¹⁵.

El criterio favorable al tipo de supremacía del derecho interno, fue acogido en sentencias posteriores tales como la de noviembre de 1963, caso “Martin y Cía. Ltda. SA v. Administración de Puertos” (*Fallos*, 257:101) ¹⁶, y en el caso “Eusebio” (*Fallos*, 310:1080) de 1987, en el que la Corte sostuvo que el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye una “*cláusula programática*” y que como tal, requiere de una ley reglamentaria, y que el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual, un Estado parte en una convención internacional no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificativo para incumplir un tratado, es una norma aplicable a la práctica jurídica entre Estados, mas no en un caso en el que se debate la aplicación del derecho interno ¹⁷.

Empero, comenzó luego a desarrollarse una corriente de pensamiento que consideraba razonable dotar a los tratados internacionales, especialmente a aquellos que versan sobre derechos humanos, de una categoría superior a la que tienen las leyes del Congreso. La sentencia que marca este hito es la del caso “Ekmekdjian v. Sofovich” que, por un lado, constituye el asiento para la “directa invocabilidad y aplicación de normas internacionales” ¹⁸ y, por otro, afirma su “primacía” frente a las leyes internas de acuerdo con los principios de la Convención de Viena de 1969 ¹⁹. A su turno, Rey Caro confora ambos criterios, apuntando que esta sentencia también viene como respuesta a la evolución de las relaciones internacionales, ya que, al haber

¹⁵ Sobre el desarrollo institucional del concepto de supremacía véase el caso “Marbury v. Madison”, en MIDÓN, Mario, *Manual...*, cit., ps. 110 a 112.

¹⁶ La Corte, entre sus múltiples argumentos sostuvo que: “4º ...la jerarquía de los tratados internacionales y de las leyes de la Nación, en cuanto unas y otras integran el ordenamiento normativo interno de la República. La realidad de esa aserción deriva, sin duda de lo preceptuado por el art. 31 de la Constitución Nacional...”. “6) Ambos —leyes y tratados— son igualmente calificados como ley suprema de la nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno”, habiendo sido admitido también como corolario necesario de la igualdad jerárquica señalada, el principio con arreglo al cual *leges posteriores priores contrarias abrogant, dictum* que sería reiterado en la sentencia del caso “Eso SA, Petrolera Argentina v. Gobierno Nacional”. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nº 257, ps. 101 y 102. REY CARO, “Los tratados...”. cit., ps. 22 a 26.

¹⁷ Esta orientación jurisprudencial se inspiró en la doctrina estadounidense, expuesta en los casos “Cherokee Tobacco” (1871) y “Whitney v. Robertson” (124 US 190-1888), según la cual, los tratados internacionales están en pie de igualdad con las leyes del Congreso, y la ley posterior deroga la ley anterior. BADENI, Gregorio, “La relación de los tratados internacionales con la Constitución Nacional”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, ponencia, 1995, Buenos Aires, ps. 6 y 7.

¹⁸ Caso “Ekmekdjian v. Sofovich”, Ed, 148-354; JA 1992-3-194 221.

¹⁹ BASSO, Maristela (organizadora), “Mercosul seus efeitos jurídicos, economicos e políticos nos Estados-Membros”, Livraria do Avogado editora, Porto Alegre, 1995, p. 53.

ratificado la Argentina la Convención de Viena de 1969 y habiendo ésta entrado en vigor, ya no valdría la propuesta de que no habría una base normativa para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Sin embargo, hace notar que la Corte, en su pronunciamiento, eludió el alcance del artículo 31, en torno al cual giró toda la argumentación del caso “Martín y Cía SA”²⁰. A guisa de aclaración citamos los siguientes extractos del fallo:

“15) Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de septiembre de 1984 es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional. Cabe entonces examinar si —como afirma el recurrente— aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa.

”16) Que, en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones... significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudiera derivarse.

”17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal... La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación... (art. 86, inc. 14, CN).

”18) Que la Convención de Viena sobre derecho de los tratados —aprobada... ratificada... y en vigor...— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad integra el ordenamiento jurídico argentino... Esta convención ha alterado la

²⁰ Llama la atención, en el sentido de que en la sentencia de 13 de octubre de 1994 (posterior a la reforma constitucional) en la causa “Cafés La Virginia”, la interpretación no se fundamentó en lo asentado en el art. 75 (22) de la reforma, remitiéndose, sí, al mencionado art. 31. El Ministro Boggiano en su exposición, advierte que no podían aplicarse los nuevos principios constitucionales a un caso que está “regido por el texto anterior a dicha reforma, en razón del momento de los hechos relevantes de la litis”, constituyendo un pronunciamiento contrario al principio de retroactividad de la ley. Véase JA, 1995-I-690/1.

situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes fallos... pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual 'no existe fundamento normativo para acordar prioridad' al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención...

"19) Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos equivalgan al incumplimiento del tratado internacional...

*"20) Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que, cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso..."*²¹.

Esta sentencia, como dijimos, reviste especial importancia por el tratamiento que reciben los tratados frente a la ley interna. Empero, un dato no menor es el que a esta fecha el Tratado de Asunción ya había sido suscripto, y que el Mercosur se encontraba en su fase de transición, siendo la Argentina el único de los cuatro Estados miembros que no contemplaba en su Constitución Nacional la posibilidad de un acuerdo de integración económica²², pese a que el más Alto Tribunal, en autos "Cocchia, Jorge Daniel v. Estado nacional y otros s/ acción de amparo", de diciembre de 1993 fallara que:

*"[e]s voluntad del legislador insertar a la Argentina en un régimen de integración regional... [y que el Tratado de Asunción constituye] una clara definición de política legislativa que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica"*²³.

En esta coyuntura, es que *a posteriori*, la Constitución de 1994, no sólo reflejará esa orientación, sino que también, consagrará implícitamente la distinción entre derecho internacional y derecho de la integración y además, explícitamente, la prelación de normas en la arquitectura constitucional argentina (incs. 22 y 24 del art. 75):

²¹ "Ekmekdjian, Miguel v. Sofovich, Gerardo y otros", JA, 1992-III-202/3. Véase también la causa "Fibracca Constructora SCA. v. Comisión Técnica Mixta Salto Grande", ED, 154-161/187.

²² DALLA VIA, A., "Hacia...", cit., p. 430.

²³ BUITRAGO, Ignacio, "Tratados internacionales. El Pacto de San José de Costa Rica y el derecho a la jurisdicción en el derecho argentino", jurisprudencia, en *Revista de Derecho do Mercosul*, LL, año 1, n° 3, Buenos Aires, noviembre de 1997, p. 315.

El orden de prelación referido es el siguiente:

- a) Constitución Nacional y tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (arts. 75, inc. 22, y 31);
- b) Otros tratados (concordatos, tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales, acuerdos de integración y el derecho de ellos derivado) (arts. 27 y 75, incs. 22 y 24);
- c) Leyes (ley formal emanada del Congreso [arts. 77 a 84] y actos ejecutivos con contenido y forma legislativa [arts. 28, 76 y 99, inc. 3°]);
- d) Otros actos normativos emanados del gobierno federal; y
- e) Órdenes jurídico-provinciales.

Comentando esta estructura, Midón ²⁴ considera que si bien para un sector de la doctrina los tratados internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22, sin duda alguna, son normas constitucionales y por ello parte de la Constitución formal, para otros ²⁵ —y él se alinea con ellos—, dichos tratados no forman parte de la Constitución, aun cuando tienen su misma jerarquía. En este mismo trazo se ubica el pensamiento del profesor Bidart Campos, que considera que dichas normas, al no estar incorporadas, y fuera de su texto, integran el llamado “*bloque de constitucionalidad federal*”, y amplía:

“La cuestión no es puramente semántica ni académica, sino muy empírica; en efecto, si se los tuviera por ‘incorporados’ a la Constitución no faltaría alguna opinión —que sería, sin duda, estrafalaria, pero tendría sustento en la ‘letra’ de la Constitución que los diera como integrantes de ella— según la cual un tratado incorporado a la Constitución podría recibir reformas a través del procedimiento que para la reforma de la Constitución tiene previsto su art. 30. Ello sería asimétrico con el derecho internacional, ya que ningún Estado que se hace parte en un tratado está habilitado a introducirle enmiendas unilateralmente, ni siquiera por la vía de su poder constituyente... Distingamos, entonces, entre ‘incorporarse al derecho interno’, ‘incorporarse a la Constitución’, e ‘incorporarse al derecho interno con la misma jerarquía de la Constitución’ [la primera y la tercera locuciones] son correctas y se adecuan a la letra y al espíritu de dicho inciso” ²⁶.

Esta dualidad de planos en un mismo bloque constitucional, no obstante —admite este autor—, no tiene el alcance de dividir a la constitución

²⁴ MIDÓN, MARIO, *Manual...*, cit., ps. 112 y 115.

²⁵ HITTERS, Juan Carlos, *et al*, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994”, ED, 31/10/1994.

²⁶ BIDART CAMPOS, Germán, “El derecho de los tratados internacionales (después de la reforma de 1994)”, en *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, cap. XIII, 1995, ps. 555, 556 y 582.

formal en dos sectores con distinto rango respecto de aquellos instrumentos; de hecho afirma y concluye que

“...todo el articulado completo de la constitución formal, ‘más’ los once instrumentos internacionales citados en el inciso 22, componen el bloque constitucional federal, dentro del cual el conjunto íntegro reviste en todas sus partes un mismo nivel jerárquico, sin que haya dentro de él planos supraordinantes y planos subordinados”²⁷.

Por su parte, Badeni piensa que el carácter de *complementariedad* de estos tratados, manifiesto en el texto constitucional, implica que ellos solamente enriquecen o amplían la tipificación constitucional en materia de derecho y garantías, pero jamás pueden restringirlos o enriquecerlos a costa del desmembramiento de otros derechos. Esto quiere decir que los tratados sobre derecho humanos, a pesar de tener “cierta jerarquía constitucional” están subordinados a una Constitución que no pueden modificar.

Esta interpretación teleológica y sistemática de la Constitución, es fortalecida con un argumento adicional: si se llegara a aceptar que esta categoría de tratados estuviera por sobre o equiparada a la Ley Fundamental, se debería admitir la modificación del art. 30 de la Constitución que reserva, en forma expresa y excluyente, dicho ejercicio a una “Convención convocada al efecto”, lo que implica que ni al poder Ejecutivo, ni al Legislativo se les puede reconocer tal condición que transformaría una Constitución *rígida* en otra de naturaleza *flexible*.

Lo mismo sucede con los tratados de integración —considera—, al comentar la citada norma²⁸. En este punto —y aunque con otro tono dogmático— coincide también Bidart Campos²⁹, mientras que otros autores, a más de la mentada “prelación normativa”, consideran inclusive, la existencia efectiva de un verdadero *orden jurídico supranacional*³⁰.

²⁷ BIDART CAMPOS, “El derecho...”, cit., ps. 588y 589.

²⁸ BADENI, “La relación...”, cit., ps. 12-3.

²⁹ Este autor sienta su base doctrinal en la *ubicación* que el constituyente ha dado a los tratados de integración, pues enseña que al estar excluidos del inc. 22, *ipso facto*, no tienen la misma jerarquía de la Constitución. Ello, a sabiendas de que éste depara jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales, dejando abierta la posibilidad, de que, en el futuro, “otros distintos” logren tal categoría a través de un procedimiento especial. Esta previsión —dice—, está “categóricamente referida a ‘los demás tratados y convenciones sobre *derechos humanos*’ y no a los tratados de integración”. BIDART CAMPOS, Germán, “El derecho...”, cit., ps. 590 a 593. (Efectivamente, por ley 24.820 de mayo de 1997, se otorgó jerarquía constitucional a la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. Cabría asimismo la posibilidad de reconocer la misma jerarquía al *Estatuto de Roma de 1998*, por el cual se creó la Corte Penal Internacional).

³⁰ BASSO, Maristela, “Mercosul...”, cit., p. 55; FARINELLA, Favio, “Mercosur: en dirección opuesta (Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal-Brasil)”, en ED, del 24/2/1999, p. 2.

Otros autores como Linares Quintana, en cambio, consideran que se impone el principio de supremacía Constitucional frente a toda norma jurídica, inclusive a aquella proveniente de tratados internacionales —art. 31—, más todavía, si se considera que la norma suprema no autoriza una delegación “definitiva” o “incondicional” de soberanía como lo requieren los procesos de integración ³¹. En efecto, de lo que se habla en la Constitución es de “*reciprocidad*”, concebida como “correspondencia mutua de un Estado con otro” ³²; y de “*igualdad*” expresada como “una fórmula subrogatoria de la soberanía de las naciones suscriptoras” ³³; ello, independientemente de la verificación que en cada caso le incumbe al Poder Judicial ³⁴ y de que aunque la Carta Magna otorgue a los tratados un rango superior al de las leyes nacionales, de ninguna manera se ha alterado la superioridad de la Constitución sobre ellos, cuestión que si bien excede los límites de este trabajo, creemos importante al menos mencionar.

Las razones que fundan el orden de prevalencia antes enunciado, no son objeto de esta investigación, sin embargo, se podría convenir en que una posición adversa hubiese resultado anacrónica, desde que el principio de *pacta sunt servanda* es basamento de convivencia entre las naciones, y con mayor razón, desde que Argentina incorporó a su Derecho la Convención de 1969.

Quedando esclarecido este aspecto, genera algunas dudas el posicionamiento que tienen las normas dictadas en consecuencia de un tratado, ya que sin ser tal, la disposición constitucional —art. 75 inc. 24— estipula que también gozan de la misma prelación frente a las leyes nacionales. Disposición que invita a cuestionarse si las decisiones emitidas por los órganos que conforman el sistema institucional del Mercosur están comprendidas en la hipótesis del precepto. A nuestro parecer —y siguiendo a Midón ³⁵— nos inclinamos por la respuesta negativa, pues la locución “*las normas dictadas en su consecuencia*” hace referencia a disposiciones emanadas de una organización “supranacional” —o “supraestatal”, que en este trabajo se consideran como sinónimos—, perfil que no es propio del Mercosur, puesto que sólo existen instituciones intergubernamentales.

³¹ LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. I, p. 333, cit. por BADENI, Gregorio, “La relación...”, cit., p. 19.

³² LOPRESTI, Roberto P., *Constituciones del Mercosur*, UNILAT, Buenos Aires, 1997, p. 11; MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur”, LL, 1997-B-1042.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Art. 116 de la Constitución Nacional.

³⁵ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1039.

De otro lado, y atendiendo a los supuestos de integración “latinoamericana” y con “otros Estados”, es de notar que, en relación al primero, el quantum impuesto para su aprobación —“mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara”—, es razonable, en cuanto se previene que una mayoría contemplada sobre el *número de presentes* decida una cuestión tan vital. Sin embargo, valdría preguntarse qué se entiende por países latinoamericanos. Si nos apegamos a la definición usual que confiere esa condición a aquellos pueblos americanos que hablan idiomas derivados del latín, habrá que coincidir con la crítica del Dr. Rodrigo Borja, quien concibe que dicha expresión no es precisa ni afortunada, dado que de esta manera se denomina a un continente heterogéneo ³⁶.

En cuanto al supuesto de integración con “otros Estados” no latinoamericanos, algunos autores, consideran que su antecedente próximo se asienta en el dictamen del 31 de julio de 1994 de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales de la Cámara de Diputados de la Nación que dispone:

“La diferencia entre Estados de América latina y los demás Estados, refleja la prioridad que la Argentina otorga a los países de la región. Los vínculos históricos, políticos y culturales, permiten diseñar una estrategia de unidad latinoamericana...” ³⁷.

Si bien es inobjetable y prioridad que merece la estrategia de unidad latinoamericana ³⁸, tampoco se puede desconocer la actualidad de las prácticas integracionistas —*diversidad* ³⁹— en la que podría inscribirse la Argentina, así como la hipótesis de un tratado que incluya a países de ambos grupos, como es el del NAFTA, donde hay un país latinoamericano (México) y dos que no lo son (EE.UU. y Canadá), quedando en suspenso qué procedimiento debería emplearse para este caso: el propuesto para la

³⁶ Rodrigo Borja, en convergencia con Ricardo Ramírez, considera que la denominación “Latinoamérica” tiene su origen en el “latín”, en razón de que probablemente los conquistadores “españoles”, “portugueses”, “franceses”, al hablar lenguas de su derivación, se sirvieron de ella para distinguir a las tierras del Continente que colonizaron, descartando de esta manera cualquier explicación étnica o cultural (BORJA, Rodrigo, “El controvertido nombre de América latina”, en *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano [AFESE]*, n° 30, Quito, noviembre de 1997, ps. 4 y ss). Véase RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, LL, 1995-B-778.

³⁷ Secretaría Parlamentaria de la Convención Nacional Constituyente de 1994, Publicaciones, cit. por MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1044.

³⁸ HOLGUIN, Hernán, “La Unidad Latinoamericana: otro enfoque de poder, integración y desarrollo”, en *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano (AFESE)*, n° 25, Quito, octubre de 1995, ps. 24 y ss.

³⁹ Cfr. ps. 1 y 2 de este trabajo.

aprobación de tratados con países latinoamericanos, o el que se aplicará para “otros Estados”.

Después de este breve análisis de la Constitución argentina, consideramos que si bien, la Reforma de 1994 ofrece un importante aporte a favor de la Integración, el inciso 24 del artículo 75, tal vez, no otorga una primacía absoluta al derecho del Mercosur, en tanto que los Tratados de Integración, aunque son “supralegales”⁴⁰, también son “infraconstitucionales”⁴¹.

III. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

La “*nueva letra constitucional*”⁴² de la República del Paraguay de 1992, en principio, hace una expresa referencia a la “soberanía nacional” (art. 2), sin hacer mención alguna de una posible cesión de atribuciones a entidades supranacionales, mientras que en la “Parte II”, en el art.141, el mencionado cuerpo legal se refiere a los tratados internacionales de la siguiente manera:

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137”.

Art. 137: *“La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”*⁴³.

En términos generales, y siguiendo la letra del art. 145 que con mucho, es el más importante de este cuerpo legal, podría afirmarse que esta Constitución, *per se*, junto a su similar de la Argentina es la más avanzada en la región en lo tocante al tema que nos ocupa. En efecto, los requisitos de “igualdad” y “defensa de los derechos humanos” son parte de la fórmula constitucional paraguaya reiterada en la Constitución argentina⁴⁴, empero, a diferencia de ésta, la legislación del Paraguay, parecería más ortodoxa⁴⁵,

⁴⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto, “El nuevo texto constitucional y los tratados”, ED, 159-1085.

⁴¹ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1046.

⁴² LOPRESTI, Roberto P., *Constituciones...*, cit., p. 255.

⁴³ LOPRESTI, Roberto P., *Constituciones...*, cit., ps. 280 y 281. El subrayado es nuestro.

⁴⁴ REY CARO, Ernesto, cit., p. 55.

⁴⁵ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1050.

en tanto, utiliza el neologismo “supranacional” a diferencia de la Constitución argentina que se refiere a “supraestatalidad”⁴⁶:

“Del orden jurídico supranacional

”Art. 145. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.

”Dichas decisiones sólo podrán ser adoptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”⁴⁷.

El art. 145 viabiliza la construcción de un ordenamiento jurídico “supranacional”, como consecuencia directa de la formación de bloques de Estados integrados que garanticen la vigencia de los derechos humanos, de la paz, justicia y demás, fórmula que no podría ser más afortunada para un proceso de integración⁴⁸. Sin embargo, esta disposición podría ser interpretada en el sentido de que únicamente incluye el derecho primario y no el derivado de aquél⁴⁹, tal como sí sucede en la Constitución Argentina. También es llamativo lo prescrito en el párrafo segundo del mismo artículo, en razón de que, como se verá más adelante, la esencia misma del criterio de supranacionalidad radica en que los órganos que detentan tal condición se impongan a los Estados y a sus particulares, ingresando en la órbita jurídica interna sin necesidad de una posterior aprobación de los órganos del Estado —en este caso del Congreso—⁵⁰. Todo ello, independientemente del orden de prelación consagrado en el art. 137 —arriba citado— en donde los Tratados tiene supremacía en relación con la leyes internas, pero no sobre la Constitución⁵¹.

Además, como anota Dalla Via, si bien la Constitución paraguaya hace referencia expresa a la idea de supranacionalidad⁵², esto parecería estar en contradicción con los arts. 132 y 260 que parecerían favorables al control posterior de las normas internacionales, con los inconvenientes que esto pueda traer a la seguridad jurídica del proceso de integración:

⁴⁶ El criterio de la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso para la aprobación de los tratados internacionales, constituye otro punto de concordancia entre ambas Constituciones. *Ibidem*.

⁴⁷ LOPRESTI, Roberto P., *Constituciones...*, cit., p. 282. El subrayado es nuestro.

⁴⁸ RUSSO C., Carlos, *El Mercosur ante la necesidad de órganos supranacionales. Visión de la integración latinoamericana*, Intercontinental, Asunción, 1999, p. 258.

⁴⁹ BASSO, Maristela, “Mercosul...”, cit., p. 59.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ RAMOS, Dante Marcelo, “Protección jurídica en el Mercado Común vía la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces nacionales. Un estudio comparativo entre el Mercosur y la Unión Europea”, ED, 177-999.

⁵² DALLA VIA, Alberto, “Hacia...”, cit., p. 1431.

“De la inconstitucionalidad

”Art. 132. La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y la ley”.

“De los deberes y de las atribuciones de la Sala Constitucional

”Art. 260. Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

”1) Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso” ⁵³.

Finalmente, confrontándola con su par del Brasil converge con ella en la “promoción de la integración política, económica, social y cultural”, destacándose, en cambio, como datos originales que dirigen todo proceso de Integración del que el Estado paraguayo sea parte los de “paz, justicia, cooperación y desarrollo”, sumándose a ésta, otra particularidad que es el hecho de que no prioriza la integración Latinoamericana, pieza que viene fortificada en el resto de las Constituciones del Mercosur ⁵⁴.

IV. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

La Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, pese a la incorporación de las reformas de 1989 y 1994 vinculadas con mejoras de carácter social y con el perfeccionamiento de la funcionalidad del Poder Ejecutivo ⁵⁵, mantiene inalterables las disposiciones que interesan para este estudio. En efecto, el legislador uruguayo al igual que su similar del Paraguay destaca el principio de la “soberanía nacional” (art. 4) ⁵⁶, en virtud de la cual, la Nación tiene la potestad exclusiva de dictar leyes que rijan en su territorio.

Según algunos tratadistas de la época, este principio elemental de organización estatal no obstaba para que se lleven a cabo procesos de integración ⁵⁷, inclusive de carácter supranacional, agrega Lopresti ⁵⁸. No obstante, a partir de la reforma de 1967 este principio será atenuado con la incor-

⁵³ LOPRESTI, Roberto, *Constituciones...*, cit., ps. 278 y 309.

⁵⁴ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional de la Integración entre los signatarios del Mercosur”, en *La Ley*, 1997, *op. cit.*, p. 1050.

⁵⁵ LOPRESTI, Roberto, *Constituciones...*, cit., ps. 324 y 325.

⁵⁶ Art. 4º de la Constitución Nacional.

⁵⁷ PÉREZ PÉREZ, Alberto, *Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967*, Montevideo, 1967, cit. en LOPRESTI, *Constituciones...*, cit., p. 16.

⁵⁸ *Ibidem*.

poración al art. 6 de un segundo inciso, el cual, al decir de Basso, guarda mucha similitud con el párrafo único del art. 4 de la Constitución de Brasil, confirmando así, una *intencionalidad* del Estado, pero sin hacer alusión a cualquier delegación de poderes ⁵⁹:

“Art. 6. *En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula que de todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.*”

“*La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos*”.

Adviértase que el patrón empleado por el constituyente uruguayo, incorpora una cláusula no de carácter taxativo, sino más bien de tipo “*programático*”: “la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos” ⁶⁰ —procesos que demandan necesariamente la delegación de prerrogativas legislativas a entes comunitarios ⁶¹—, incluyendo un universo de cuestiones que por vía de asociación pueden relacionar a dos o más pueblos, esto es, lo jurídico, lo sociológico o lo cultural, sin que por ello, desconozca que el fenómeno tiene un fundamento esencialmente económico. De allí que, bien puede explicarse el énfasis en la defensa común de sus productos y materias primas ⁶².

Al igual que en el caso de Brasil, la Constitución uruguaya tampoco hace referencia a la relación entre las leyes y los tratados internacionales ⁶³, confiriendo el art. 239 el control constitucional de dichos tratados a la Suprema Corte de Justicia, correspondiendo, en consecuencia, al juez nacional llenar el vacío jurídico en esta cuestión.

El artículo citado dispone:

“*A la Corte Suprema de Justicia corresponde:*”

“*1. Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra el derecho de gentes y causas de almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el derecho internacional*” ⁶⁴.

⁵⁹ BASSO, Maristela, “Mercosul...”, cit., p. 60.

⁶⁰ Resulta significativo observar la restricción, que frente a las constituciones argentina y paraguayana aparece, al definir a la integración latinoamericana como un objetivo a “procurar”. Dalla Via, Alberto, “Hacia...”, cit., p. 1431.

⁶¹ LOPRESTI, Roberto, *Constituciones...*, cit., p. 16.

⁶² MIDÓN, Mario, cit., p. 1047; BASSO, Maristela, cit., ps. 60 y 61.

⁶³ RAMOS, Dante, cit., p. 3.

⁶⁴ LOPRESTI, Roberto, cit., p. 368.

En efecto, el Alto Tribunal ha tenido la oportunidad de ocuparse de este tema, y al parecer, la posición prevaleciente en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica gubernamental y administrativa ha sido contraria a la preeminencia de las normas internacionales. Un claro ejemplo se dio en 1985, cuando la Corte al considerar la aplicación de las normas de la Convención de París sobre Propiedad Industrial sostuvo que:

“...no constituyen reglas concretas de derecho positivo, sino obligación de legislar para los Estados miembros de la Unión Internacional para la protección de la propiedad industrial, es decir, de un compromiso de adopción de normas... En consecuencia, ...no poseen virtualidad para derogar la disposición de Derecho interno, toda vez que la adhesión de nuestro país a la mencionada Unión Internacional, ...no basta para modificar o dejar sin efecto el derecho interno...” ⁶⁵.

Así, la jurisprudencia de este Tribunal deja en claro que el derecho internacional goza sólo de rango legal, pudiendo ser derogado por ley posterior ⁶⁶. Esta postura sería, reafirmada en 1990 ⁶⁷, por el razonamiento del juez nacional, quien consideraría que una posición en contrario, no sólo que atentaría contra la Constitución, sino que también cercenaría los poderes propios del Congreso ⁶⁸.

V. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

La Constitución de la República Federativa del Brasil, vigente desde 1988, a su turno, omite cualquier mención a las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, dedicando eso sí, al tema de la integración un “*Parágrafo Unico*” al final del art. 4º:

Art. 4º: “A República Federativa do Brasil regese nas suas relações internacionais pelos seguintes principios:

⁶⁵ Suprema Corte de Justicia, sentencia n° 400, de diciembre de 1985, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. II, Montevideo, 1985, ps. 87 y 88.

⁶⁶ Aunque es posible sacar a la luz precedentes aislados en los que la jurisprudencia escapa a la fórmula de igualdad jerárquica, dando preponderancia a instrumentos internacionales. El caso al que nos referimos aconteció en 1979, año en que la Corte Suprema consagró la prelación de los tratados internacionales sobre cualquier norma interna en contrario, aunque fuera posterior, reconociendo que al ser la fuente más importante del derecho internacional “... poseen un vigor superior al de la ley interna de los Estados signatarios; por lo que si hubiese conflictos entre uno y otro prevalecerá el tratado”.

Decisiones de tribunales inferiores en esta misma línea de pensamiento son, por ejemplo, las del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, S. d. 31/5/1988, causa 11.175, “M.I. v. C.S.A.”, LJU 98, 199 (p. 201), consid. 7º, MIDÓN, “El tratamiento...”, cit., p. 1048; RAMOS, Dante M., cit., p. 3.

⁶⁷ Caso L.U. 11.631, t. 102, 1991. Véase: MIDÓN, cit., p. 1049.

⁶⁸ BASSO, Maristela, cit., p. 62.

- I. *independencia nacional;*
- II. *prevalencia dos direitos humanos;*
- III. *autodeterminação dos povos;*
- IV. *nao-intervenção;*
- V. *igualdade entre os Estados;*
- VI. *defensa da paz;*
- VII. *solução pacífica dos conflictos;*
- VIII. *repudio ao terrorismo e ao racismo;*
- IX. *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* ⁶⁹;
- X. *conçesao de asilo político.*

Parágrafo único: A República Federativa do Brasil buscara a inte-gração económica, política, social e cultural dos povos da America Latina, visando a la formação de uma comunidade latinoamericana de nações”.

Dos aspectos de esta disposición merecen ser destacados. El primero que se refiere a la *pluralidad* de los procesos de integración que reconoce esta Constitución, en virtud de que recurre a gran variedad de calificativos para definir su espacio, ofreciendo mayor amplitud que su similar del Uruguay que únicamente prevé la integración “económica y social”, y superando significativamente al constituyente argentino que omite cualquier mención al respecto; y, el segundo, en que concuerda con ellas en el común anhelo de una asociación de corte latinoamericano —cosa que no acontece con la norma paraguaya—, con la particularidad de que la Carta alienta esa integración con miras a la formación de una *comunidad latinoamericana de naciones*.

Un sector de la doctrina argentina asume que la Constitución del Brasil en el derecho constitucional comparado, sigue un patrón opuesto a la tendencia generalizada hacia la apertura de los mercados, y en especial, a las intenciones perseguidas por el Mercosur ⁷⁰. Otro sector, en cambio, no alcanza a advertir que las cláusulas monopólicas constituyan óbice para la

⁶⁹ Según algunos autores, este principio, se constituye “en directiva o máxima para el Estado en el campo de las relaciones internacionales...” DROMI, Roberto - EKMEKDJIAN, Miguel A. - RIVERA, Julio C., *Derecho comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 45.

⁷⁰ Esta creencia tiene su basamento en la normativa de los arts. 177 y 178 que disponen el monopolio de áreas consideradas vitales para la economía del país como la minería, el transporte y otros servicios, los cuales, quedan exclusivamente en manos brasileñas (LOPRESTI, Roberto, *Constituciones...*, cit., p. 211). Acerca de la doctrina, considérese: DROMI, Roberto *et al*, *Derecho comunitario*, cit., p. 45, cit. por MIDÓN, Mario, “El tratamiento...”, cit., p. 1049; MASNATTA, Héctor, “Bases constitucionales del proceso de integración. La cuestión de las asimetrías entre los ordenamientos” LL, 1996-D-1134; RUSSO C., cit., p. 255.

integración ⁷¹, o piensan que la preeminencia dada a los artículos antes citados, opacan la real magnitud de la disposición del art. 4º, a la luz del cual debe ser leído el llamado “*Principio de la integración*” ⁷². De hecho algunos autores, inclusive consideran la posibilidad de una eventual transferencia de competencias a favor de organismo supranacionales ⁷³.

Esta última afirmación, tal vez, se aleja del contenido real de la Carta Máxima del Brasil, primero y principal, porque no enuncia puntualmente si la forma de integración comprende la posibilidad de una edificación supranacional ⁷⁴, tal como sí acontece en las Constituciones argentina y paraguaya, por ejemplo. En segundo lugar, porque en Brasil la aceptación de órganos de este talante, por ejemplo para la solución de controversias es prácticamente extraña a su tradición jurídica, en el sentido de la prevalencia de una visión marcadamente “soberanista” en cuanto a la jurisdicción del Estado ⁷⁵. En tercer lugar, porque al no contemplarse a nivel constitucional la cesión de soberanía a estamentos supranacionales, no se puede hablar de aplicabilidad directa de las reglas comunitarias ⁷⁶. En cuarto y último lugar, porque los arts 22, 23 y 24, donde se halla contenido el régimen de distribución de competencias federativas, constituyen el más serio impedimento para la participación brasileña en un órgano internacional que emita disposiciones comunes ⁷⁷.

Sin perjuicio de lo antes dicho, es posible que a favor de la comentada norma se pueda argüir que, en todo caso, representa un notable avance en

⁷¹ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1049.

⁷² LOPRESTI, Roberto, cit., p. 14. A pesar de sus afirmaciones, este autor reconoce que tal posibilidad no ha prosperado del todo en la práctica, a propósito del incidente de aranceles de mayo de 1996. Véase también a BASSO, Maristela, cit., p. 57.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ RIBERA BUSTOS, Celso - GRANDRA MARTINS, Ives, *Comentarios a Constituição do Brasil*, 1 vol., p. 464, Saraiva, São Paulo, 1988, cit. por DALLA VIA, cit., p. 2.

⁷⁵ ARDENGHY, Roberto F., “La supranacionalidad de las instituciones jurídicas del Mercosur: el caso de Brasil”, en revista *Temas del Mercosur*, n° 3, Buenos Aires, 1997, p. 58; BORBA CASELLA, Paulo, “A Integração Económica e seu Tratamento Constitucional”, en *Mercosul: Desafios a vencer*, Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, São Paulo, 1994.

⁷⁶ Desde el orden interno hay que considerar si la disposición del art. 5, ítem XXXV: “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos”, puede ser o no interpretada como una limitante constitucional para la aceptación de un tribunal comunitario, aunque en oposición a esta norma cabría citar el art. 7º de las disposiciones transitorias, según el cual “Brasil propugnará la formación de un Tribunal Internacional de Derechos Humanos”. LOPRESTI, Roberto, cit., ps. 130 y 234; DALLARI, Pedro, “Constituição e Relações Exteriores”, Saraiva, São Paulo, 1995, ps. 182-185, cit. por DALLA VIA, Alberto, cit., p. 1432.

⁷⁷ OLAVO BAPTISTA, Luiz, *O Mercosul em movimento*, Livraria do Avogado, Porto Alegre, 1995, ps. 54 y ss., cit. por MIDÓN, “El Tratamiento...”, cit., p. 1049.

relación a la Constitución anterior, en la cual se consagraba la teoría de la “Seguridad Nacional”, verdadera rémora para cualquier iniciativa integracionista ⁷⁸.

En esta Constitución no se encuentra norma alguna que dirima una posible “colisión” entre la ley interna y el tratado, vale decir, el principio de supremacía constitucional sobre los tratados no se encuentra plenamente tipificado en la Constitución. Lo que sí se puede destacar es que, al igual que la Argentina y Uruguay, confiere competencia a los poderes públicos para la celebración de los tratados. El *treaty-making power* está compartido por el Poder Ejecutivo (art. 84, inc. 8°) y el Poder Legislativo (art. 49, inc. 1°). Ello, siempre que se haga excepción del procedimiento de aprobación de los llamados “acuerdos en forma simplificada” o “acuerdos ejecutivos”, para los cuales no es necesaria la concurrencia de las voluntades de ambos poderes, siendo suficiente el consentimiento del Poder Ejecutivo ⁷⁹.

En cuanto al control de constitucionalidad de leyes y tratados, la Constitución de Brasil otorga este poder al Supremo Tribunal Federal (STF) por lo cual, éste “*pode declarar a inconstitucionalidade tanto organica como formal, dos tratados celebrados pelo Brasil*” ⁸⁰.

Si bien, gran parte de los autores entienden que el ordenamiento jurídico brasileño ofrece a los tratados un tratamiento paritario en relación a las leyes internas —postura que encuentra paralelo en la jurisprudencia del STF—, las verdaderas discrepancias doctrinarias se producen a la hora de resolver el conflicto entre un tratado y una ley posterior ⁸¹.

La posición de varios autores brasileños que entienden la primacía del derecho internacional sobre la ley, encuentra su homólogo, al decir de Albuquerque de Mello, en la jurisprudencia de la primera mitad del siglo pasado, en la que el Supremo Tribunal Federal, inclinó su razonamiento a favor de la supremacía de los tratados internacionales en un pedido de extradición, en 1914, y en dos apelaciones civiles en 1943 y 1951 ⁸².

⁷⁸ RIMOLDI DE LADMANN, Eve, “Derecho de la integración latinoamericana y derecho constitucional”, en *Cuadernos de Investigaciones*, n° 20, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ambrosio L. Gioja, UBA, ps. 3 a 57.

⁷⁹ NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, “Tratado de Asunción, Protocolo de Brasilia, Ouro Preto y las Leñas. Jerarquía y relación normativa respecto del ordenamiento jurídico brasileño”, en ED, n° 9720, año XXXVII, Buenos Aires, p. 1.

⁸⁰ NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, cit., p. 1. Véase también MASNATTA, Héctor, “Bases constitucionales del proceso de integración. La cuestión de las asimetrías entre los ordenamientos”, en LL, 996-D-1129.

⁸¹ NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, cit., p. 2.

⁸² BASSO, Maristela, cit., p. 57.

Sin embargo, el caso conductor de la jurisprudencia brasileña, será el referente al recurso extraordinario n° 71.514 de 1971, donde el relator, Ministro Osvaldo Triguero, aunque invoca la *aplicación inmediata* de los tratados —“*inclusive en aquellos casos en que modifiquen la legislación interna*”—, no dice nada sobre la cuestión más importante, es decir, sobre la posibilidad de que una ley ordinaria posterior al Tratado lo revoque ⁸³.

Este principio se afianzaría en el recurso extraordinario n° 80.004 de 1977, en el cual se consagra la doctrina “dualista” del STF. Al respecto, Jorge Fontoura comenta que, a pesar de que en esta jurisprudencia sutilmente no se niega la existencia del tratado, de todas maneras, argumentando gran variedad de fuentes doctrinarias, se otorga prevalencia al ordenamiento interno, sin perjuicio de que el Estado actúe con responsabilidad en el campo internacional. En breve síntesis, se considera que hubo aplicación del criterio dualista, sirviéndose de la teoría monista. ⁸⁴

El único voto a favor de la tesis contraria en este recurso fue el del Ministro relator Xavier de Albuquerque, el cual contiene algunas similitudes con los considerandos de la sentencia argentina de 1994 ⁸⁵, por lo que valdría la pena reproducirla parcialmente:

“(...) *O governo brasileiro deve permanecer fiel ao espirito e a letra das Convenções de Genebra. Os tratados devem ser interpretados... segundo a equidade, a boa fé e o próprio sistema dos mesmos... a lei 427 de 1969, e seu decreto de regulamentação, como lei ordinaria, nao se podem sobrepor la Convenção de Genebra...*” ⁸⁶.

El STF mantuvo esta misma línea de pensamiento en el fallo del 28 de mayo de 1998 sobre *Agravo Regimental em Carta Rogatoria n° 8.279-4. República Argentina. Rel. Celso de Mello*. En este caso se discute la aplicabilidad del Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares de 1994 —ratificado por Brasil— ante un requerimiento de la justicia argentina, en cuanto al *embargo* de mercaderías consignadas a favor de la empresa Coagulantes Argentina SA, que se encontraban a bordo del buque Santos Dumont, así como también *impedir su navegación*, en virtud de la tramitación ante el juzgado requirente ⁸⁷.

⁸³ MASNATTA, “Bases...”, cit., p. 1130.

⁸⁴ FONTOURA, Jorge, “Solución de controversias”, publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Buenos Aires, noviembre 1995, en MASNATTA, “Bases...”, cit., p. 1132.

⁸⁵ Caso: “Cafés La Virginia SA”, sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 13/10/1994, LL 1995-I-683/703.

⁸⁶ BASSO, Maristela, cit., p. 58. El subrayado es nuestro.

⁸⁷ NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, cit., p. 4.