XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO INTERNACIONAL II

MARCOS LEITE GARCIA

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

PABLO RAFAEL BANCHIO

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito Internacional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia; Pablo Rafael Banchio; Vladmir Oliveira da Silveira. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-803-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Internacional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

Após um tempo sem os congressos na forma presencial de nossa associação brasileira de professores de pós-graduação stricto sensu, sem nenhuma dúvida é para todos uma grande satisfação participar e reencontrar pessoalmente aos colegas na capital argentina em mais um congresso internacional. Como corresponde aos anseios dos membros da Academia do Direito de seguir construindo uma Comunidade Internacional e uma Sociedade mais democrática, tolerante, justa e plural, a presente obra reúne trabalhos que previamente foram aprovados pelos avaliadores da comunidade científica do Conpedi (com a devida dupla revisão cega por pares) para o Grupo de Trabalhos sobre o tema Direito Internacional. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 14 de outubro de 2023, no belíssimo edifício da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), situado na Avenida Presidente Figueroa Alcorta, 2263, paralela a emblemática Avenida del Libertador, na Cidade Autónoma de Buenos Aires, durante a realização do XII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo do Direito Internacional, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais diversos e atuais temas: O Direito da Guerra e a nova guerra tecnológica; Os 25 anos da criação do TPI, apontamentos sobre a participação brasileira; O sistema de solução de controvérsias e a abordagem promocional do desenvolvimento sustentável no acordo de livre comércio mercosul-união europeia; A influência do processo de internacionalização dos direitos humanos na relativização do conceito de soberania absoluta; O poder das corporações transnacionais big techs e o controle dos dados, para além da tecnoutopia; Dignidade da pessoa humana, inteligência artificial e proteção de dados nas smart cities; O debate acerca da personalidade jurídica de direito internacional das empresas transnacionais; O déficit democrático nos processos de integração e o papel da função jurisdicional desde uma perspectiva sistêmica: o caso do mercosul; O fator brasiguaio como complicador do processo de integração e a geopolítica dos conflitos fundiários no Paraguai; Reflexões sobre direito, globalização e as novas disputas territoriais do século XXI; As decisões judiciais transnacionais são ativismo ou protagonismo judicial; A importância da secretaria do mercado comum do sul para o processo de integração do bloco; Reflexões sobre pena de morte, excepcionalismo americano e a fratura entre o direito nacional e internacional; O Estado e a perspectiva da transnacionalidade; Eficácia e implementação do regime internacional de biodiversidade.

Considerando esse vasto e interessante universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no tema. Nós, os coordenadores do Grupo de Trabalho Direito Internacional II, ficamos muito satisfeitos com a qualidade dos trabalhos apresentados.

Boa leitura e todos!

Buenos Aires, outubro de 2023.

Prof. Dr. Pablo Rafael Banchio (Universidade de Buenos Aires)

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia (Universidade do Vale do Itajaí)

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul)

O DÉFICIT DEMOCRÁTICO NOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO E O PAPEL DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DESDE UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA: O CASO DO MERCOSUL

EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y EL ROL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA SISTÉMICA: EL CASO DEL MERCOSUR

Brenda Luciana Maffei

Resumo

Um dos desafios encontrados pelos Estados que decidem formar um processo de integração refere-se ao chamado: "déficit democrático", ou seja, a falta ou falha das ferramentas tendentes a garantir uma relação ótima na dimensão ampla (Estados-processo de integração), bem como a falta ou falha de instrumentos tendentes a garantir a representação e participação dos cidadãos na dimensão estrita (Cidadãos-processos de integração). O objetivo deste trabalho é abordar essas questões desde a perspectiva do processo de integração do MERCOSUL e responder às questões: Como acontece o déficit democrático no MERCOSUL? Quais são as ferramentas para garantir a legitimidade democrática no bloco? Qual é o papel da função judicial nesse sentido? Para tanto, o trabalho está dividido em duas partes centrais. Na primeira parte, a questão do déficit democrático nos processos de integração é analisada sob uma perspectiva sistêmica, para posteriormente aplicar essas noções teóricas ao estudo do MERCOSUL. Na segunda parte, analisa-se a função jurisdicional desde uma perspectiva sistêmica, para posteriormente aplicá-la à função jurisdicional nos processos de integração e, especificamente, ao MERCOSUL. O tipo de pesquisa é analítico e a metodologia utilizada é holística ou sistêmica.

Palavras-chave: Mercosul, Déficit democrático, Processos de integração, Função jurisdicional, Perspectiva sistêmica

Abstract/Resumen/Résumé

Uno de los desafíos que encuentran los Estados que deciden conformar un proceso de integración se refiere al denominado: “déficit democrático”, esto es, la falta o falla de las herramientas tendientes a garantizar una óptima relación en la dimensión amplia (Estados-proceso de integración), como también, la falta o falla de las herramientas tendientes a garantizar la representación y participación de los ciudadanos en la dimensión estricta (Ciudadanos-procesos de integración). El objetivo de este trabajo es abordar estas cuestiones desde la perspectiva del proceso de integración del MERCOSUR y responder a las preguntas: ¿Cómo sucede el déficit democrático en el MERCOSUR? ¿Cuáles son las herramientas para garantizar una legitimidad democrática en el bloque? ¿Qué rol cumple la función jurisdiccional al respecto? Para tal fin el trabajo se encuentra divido en dos partes centrales. En la primera parte se analiza la cuestión del déficit democrático en los procesos de

integración desde una perspectiva sistémica, para luego aplicar estas nociones teóricas al estudio del MERCOSUR. En la segunda parte se pasa a analizar la función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica, para luego aplicarla a la función jurisdiccional en los procesos de integración y, específicamente, al MERCOSUR. El tipo de investigación es el analítico y la metodología utilizada es la holística o sistémica.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mercosur, Déficit democrático, Procesos de integración, Función jurisdiccional,, Perspectiva sistémica

INTRODUCCIÓN

Los procesos de integración regional, desde su creación, representaron desafíos en diversos aspectos de la estructura social, cultural, política, económica y jurídica, entre otras. Los Estados que deciden iniciar un proceso de esta naturaleza se ven en la necesidad de realizar adaptaciones al interior de la estructura del Estado para adecuarla a esta nueva realidad que se establece. Entre los desafíos que significa la decisión de crear un proceso de integración se encuentra la denominada "cuestión democrática", que atraviesa todos los aspectos mencionados anteriormente.

Para analizar esta llamada "cuestión democrática" puede utilizarse una visión sistémica. Además, ésta puede ser estudiada desde dos dimensiones o perspectivas: por un lado, tenemos una dimensión que podría denominarse *amplia*, que focaliza la atención en la relación (Estado miembro/parte-proceso de integración) en un vínculo de retroalimentación (esto quiere decir los Estados que conforman un proceso de integración deben ser Estados democráticos y, por su vez, el proceso de integración posee mecanismos o herramientas tendientes a garantizar los órdenes democráticos en los Estados), por otro lado, tenemos una dimensión que podría denominarse *estricta*, que focaliza su atención en la relación (proceso de integración-ciudadano). Esto quiere decir que es el propio proceso de integración el que debe garantizar herramientas suficientemente eficaces para garantizar la representación y participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones del proceso de integración.

El déficit democrático puede significar, entonces, tanto la falta o falla de las herramientas tendientes a garantizar una óptima relación en la dimensión amplia, como también, la falta o falla de las herramientas tendientes a garantizar la representación y participación de los ciudadanos en la dimensión estricta.

Por otro lado, los procesos de integración cuentan, en su gran mayoría, de estructuras encargadas de solucionar controversias que puedan derivar de las relaciones establecidas entre los Estados, entre los ciudadanos o entre éstos y los Estados. A pesar de que la tarea primordial asignada a la función jurisdiccional es la resolución de una controversia concreta, si partimos de una perspectiva sistémica, también, se puede decir que los jueces, al ejercer su función jurisdiccional, aplican una norma al caso concreto, pero a la vez, realizan un trabajo de ajuste o adaptación del sistema y esto funciona de la misma forma en un proceso de integración.

La función jurisdiccional dentro de un proceso de integración puede ser considerada un subsistema dentro de un sistema más amplio. Éste, tiene que corresponder con el propio objetivo del subsistema y, a su vez, con el objetivo del sistema mayor.

La pregunta que cabe entonces es, ¿En qué sentido la función jurisdiccional puede servir a disminuir el déficit democrático o garantizar la legitimidad democrática en los procesos de integración? Y ¿En qué sentido la función jurisdiccional en los procesos de integración puede ser, es en sí misma, democrática?

El objetivo de este trabajo es abordar estas cuestiones desde la perspectiva del proceso de integración iniciado en el año 1991 entre Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay (MERCOSUR) y responder a las preguntas: ¿Cómo sucede el déficit democrático en el MERCOSUR? ¿Cuáles son las herramientas para garantizar una legitimidad democrática en el bloque? ¿Qué rol cumple la función jurisdiccional al respecto?

Para tal fin el trabajo se encuentra divido en dos partes centrales. En la primera parte se analiza la cuestión del déficit democrático en los mecanismos de solución de controversias desde una perspectiva sistémica, para luego aplicar estas nociones teóricas al estudio del MERCOSUR. En la segunda parte se pasa a analizar la función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica, para luego aplicarla a la función jurisdiccional en los procesos de integración y, específicamente, al MERCOSUR.

El tipo de investigación es el analítico y la metodología utilizada es la holística o sistémica.

1. El déficit democrático en los procesos de integración desde una perspectiva sistémica

El objetivo de este punto es ofrecer un análisis respecto al déficit democrático desde una perspectiva sistémica. Para ello sigue a continuación una breve mención a los elementos que configuran esta perspectiva.

La teoría de los sistemas es un elemento esencial del pensamiento complejo. Un sistema es definido como un grupo de elementos en interacción o conjunto de componentes en estado de interacción entre ellos y con el ambiente. De esta forma, los sistemas pueden ser analizados a partir de la relación entre el todo y sus partes y en la relación del sistema con el ambiente (ARNOLD E OSORIO, 1998, p. 41). La complejidad, según las enseñanzas de Edgar Morin (2007), puede ser definida como un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados, que presentan la relación paradójica de lo uno y de lo múltiple. La complejidad es el tejido de eventos, acciones, interacciones y determinaciones que constituyen el mundo fenoménico (MORIN, 2007, p. 13). A su vez, sostiene el autor, que existe complejidad cuando los componentes que constituyen un todo (como puede ser lo económico, lo político, lo

sociológico, lo psicológico, lo afectivo y hasta lo mitológico) son inseparables y existe un tejido interdependiente, interactivo e inter-retroactivo entre las partes y el todo, el todo y las partes (MORIN, 2005, p. 14). Desde esta perspectiva de estudio lo que se logra o debería lograrse es: estudiar el objeto en contexto, la ampliación del foco de análisis, generar un pensamiento integrador (no se puede conocer el todo sin conocer las partes, pero tampoco se pueden conocer las partes sin conocer el todo), la dialoguicidad, la comprensión de las relaciones entre causa y efecto derivadas de las nociones de la teoría de los sistemas (feedback).

Por otro lado, el déficit democrático puede ser entendido como: la situación en que las instituciones y el proceso de toma de decisiones padecen de una carencia e inexistencia de legitimidad democrática (poder que tiene el ciudadano para autorizar o delegar la toma de decisiones, en manos de terceros, que lo afectará de cierta forma). Trasladado este concepto a los procesos de integración regional[1] puede decirse que la legitimidad democrática es *indirecta/de origen*: (por ejemplo, si consideramos el hecho de que un proceso de integración recibe cierta legitimidad ciudadana proveniente de las Constituciones Nacionales las cuales facultan, a aquellos encargados de negociar, firmar y aprobar tratados internacionales, a constituir un proceso de integración a través de cláusulas de habilitación[2]; *indirecta/de ejercicio*: (así como en el ejemplo anterior, los órganos creados en el proceso de integración toman decisiones plasmadas en normativas que, en muchos casos, deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados que los conforman siguiendo los procedimientos previstos en las Constituciones y leyes relacionadas a la incorporación de Tratados. En muchos casos, las Constituciones hacen especial referencia a la incorporación de Tratados de integración y su normativa concordante). La falta o carencia de legitimidad en este aspecto genera un déficit democrático en la relación Estado-Parte/proceso de Integración, en lo que se denomina la *dimensión amplia*. Es por ese motivo que existe una necesidad de que los Estados que conforman un proceso de integración sean Estados democráticos y que se mantengan democráticos en cuanto exista este proceso[3].

---

[1] Además, siguiendo la definición de Malamud (2011): *"La integración regional puede definirse como un proceso por el cual los Estados nacionales "se mezclan, confunden y fusionan voluntariamente con sus vecinos, de modo tal que pierden ciertos atributos fácticos de la soberanía, a la vez que adquieren nuevas técnicas para resolver conjuntamente sus conflictos"*

[2] Como afirma Perotti: "*si bien es cierto que existen ejemplos de países que a pesar de no haber tenido en sus constituciones (en manera alguna) una base legal que les permitiera su membresía a tratados de integración y que han optado, sin embargo, por incorporarse a los mismos, no lo es menos que los debates levantados en consecuencia y las dudas constitucionales planteadas, obligaron en estos casos a reformar, a posteriori, las cartas magnas a fin de adaptarlas a las exigencias que la regionalización les imponía*" (PEROTTI, 204,p.34)

[3] la Unión Europea fomenta la promoción de la democracia y la observación de las elecciones en sus Estados miembros, aplicando procedimientos similares a los utilizados en el MERCOSUR. La base jurídica de dicho

Desde esta dimensión amplia se crean mecanismos, en los procesos de integración, tendientes a asegurar o a garantizar que no haya un quiebre democrático en alguno de sus Estados-parte y que la toma de decisiones que se hagan desde los órganos regionales creados posea, de cierta forma, algún grado de legitimidad, aunque sea indirecta. Sin embargo, cabe la pregunta: ¿Esta legitimidad democrática indirecta, de origen o de ejercicio, es suficiente para afirmar que en determinado proceso de integración no existe un déficit democrático? La respuesta a esta pregunta dependerá del grado de integración y del grado de intergubernamentalidad o supranacionalidad que posea la estructura jurídico-institucional del proceso de que se trate en los términos que se explican continuación.

En un proceso de integración intergubernamental, caracterizado por la toma de decisiones mediante el consenso, con órganos representados por los mismos funcionarios pertenecientes a los Estados miembros, la necesidad de incorporación normativa al interior de los Estados, y con el objetivo de crear un nivel básico de integración económica (como puede ser una zona de preferencias aduaneras o hasta una zona de libre comercio) es probable que sea suficiente la legitimidad indirecta para impedir que se provoque un déficit democrático profundo y que sea suficiente mantener los órdenes democráticos al interior de los Estados. No obstante, a medida que el proceso de integración avanza y que se empiezan a crear órganos (y funcionarios) al servicio del proceso de integración, que existe una delegación de competencias de los Estados partes a éstos órganos, que la normativa comienza a aplicarse de forma directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados partes y se establece un nivel más profundo de integración económica, etc., esta legitimidad indirecta comienza a demostrar la falta de sustento ciudadano en la toma de decisiones y, por ende, un aumento del déficit democrático en el proceso de integración.

Es por este motivo que, para evitar una total desconexión entre el ciudadano y el proceso de integración, se deben crear mecanismos específicos que garanticen una legitimidad directa, para dotar a los órganos encargados de tomar decisiones de apoyo ciudadano. Caso contrario, se corre el riesgo de que el proceso de integración se disocie cada vez más del ciudadano común, creándose una "superburocracia regional" en dónde los ciudadanos no participan del proceso de toma de decisiones en medidas que lo terminarán afectando en su vida cotidiana.

Schmidt (2013), al examinar la cuestión democrática en la Unión Europea (UE), establece tres niveles de análisis desde la teoría de los sistemas, que sirven para ejemplificar lo

---

contenido, se encuentra prevista en los artículos N° 2 y N° 21 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el artículo N° 205 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (EL ETER, 2020, p.50)

dicho hasta aquí: en primer lugar, es necesario focalizar en las relaciones derivadas de los "*outputs de legitimidad*" (o legitimidad de salida), esto es, la efectividad de los resultados de las políticas de la UE para los ciudadanos; en segundo lugar, se observan los "*inputs de legitimidad*" (o legitimidad de entrada), que sería la capacidad de respuesta de la UE a las preocupaciones de los ciudadanos como resultado de la participación y representación del pueblo y, por último, los "Throughputs de legitimidad" (o legitimidad de procesamiento/rendimiento), analizando la responsabilidad, transparencia y eficacia de los procesos de tomas de decisiones de la UE junto con su apertura a la consulta popular. El análisis de esta autora se refiere a lo que en este trabajo fue identificado como la dimensión estricta de la cuestión democrática y que focaliza la atención en la relación ciudadano/proceso de integración. Desde esta dimensión estricta no se debe perder de vista que un proceso de integración es creado para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos que lo conforman y deben garantizarse herramientas apropiadas para que estos ciudadanos puedan canalizar sus necesidades y ser escuchados.

Recapitulando lo dicho hasta aquí se tiene que, la cuestión democrática en los procesos de integración puede ser analizada desde dos perspectivas interrelacionadas: una perspectiva amplia que analiza las relaciones entre los Estados-partes y el proceso de integración. En esta perspectiva se incluyen los análisis al respecto de la legitimidad indirecta de origen y de ejercicio. Para evitar un déficit democrático en esta perspectiva se crean herramientas que protegen el Estado democrático desde el proceso de integración. Por otro lado, se tiene la perspectiva estricta que analiza la relación ciudadano/proceso de integración. En esta perspectiva se incluyen los análisis relacionados con la legitimidad directa, eso es, las herramientas generadas desde el proceso de integración para garantizar la participación y representación de los ciudadanos en los órganos que toman decisiones en el proceso de integración. Estas perspectivas, junto con las legitimidades directas e indirectas, se encuentran relacionadas y la una no puede existir sin la otra. Es necesario que los Estados que conforman el proceso de integración sean Estados democráticos que doten de cierta legitimidad ciudadana al proceso de integración y, a la vez, a medida que se va profundizando el proceso de integración, es necesario que los propios órganos creados encargados de tomar decisiones también encuentren cierta legitimidad ciudadana para evitar que se provoque un déficit democrático cada vez mayor.

En el próximo apartado serán trasladados los conceptos desarrollados en este punto aplicados al análisis del MERCOSUR.

1.1 El déficit democrático en el MERCOSUR

Los cuatro Estados que decidieron conformar el MERCOSUR en 1991 habían sido gobernados por dictaduras militares en las décadas anteriores y se tuvo que esperar a la vuelta de la democracia para que pudiera configurarse formalmente el proceso de integración[4]. En este sentido, relacionado con los conceptos desarrollados en el apartado anterior, se puede afirmar que el proceso de integración iniciado en 1991, tuvo una legitimidad democrática indirecta de origen, ya que el sistema democrático dentro de los Estados se había reinstaurado y estaba en pleno vigor. En este sentido, para la negociación, firma y entrada en vigencia del TA fueron seguidas las cláusulas de habilitación constitucionales de cada Estado parte[5].

Esencialmente, el proceso de integración del MECOSUR es eminentemente intergubernamental, donde cada Estado Parte tiene un voto, y las decisiones deben ser tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes. Los órganos con carácter decisorio son tres: el Consejo del Mercado Común (CMC), órgano superior del MERCOSUR, el cual conduce políticamente el proceso de integración, el Grupo Mercado Común (GMC), que vela por el funcionamiento cotidiano del bloque, y la Comisión de Comercio (CCM), encargada de la administración de los instrumentos comunes de política comercial[6]. Los funcionarios que conforman estos órganos no tienen dedicación exclusiva. El CMC está integrado por los

---

[4] El MERCOSUR surge de un Tratado firmado en el año 1991, sin embargo, sus antecedentes pueden localizarse a mediados de la década del 80. Se sitúa como hito fundamental para el nacimiento del MERCOSUR la Declaración de Iguazú en noviembre de 1985 que tuvo por base el Acta de Integración del 29 de julio de 1986, que estableció el Programa de Cooperación e Integración entre Argentina y Brasil (PICAB). Se dejaba asentada la voluntad política de acelerar el proceso de integración bilateral constituyendo una Comisión Mixta de Alto Nivel a fin de estudiar e identificar las áreas que permitieran acentuar las relaciones. Del trabajo de la Comisión Mixta de Alto Nivel surge el Programa de Integración y Cooperación Económica (PICE). Posteriormente, en 1988, fue suscripto, por los entonces presidentes de Argentina y de Brasil, el Tratado de Integración, Cooperación y Desenvolvimiento (ACE 14), donde se estableció un plazo de diez años para la eliminación de todas las restricciones arancelarias y no arancelarias al comercio de bienes y servicios y la armonización de las políticas macroeconómicas. En julio de 1990, el proceso de integración entre ambos países se vio acelerado por la suscripción del Acta de Buenos Aires para la constitución de una Mercado Común entre Argentina y Brasil, proyecto al cual se sumaron Paraguay y Uruguay para suscribir en 1991 el Tratado de Asunción (TA) constitutivo del MERCOSUR (FERNÁNDEZ REYES, 2015, p.15).

[5] La democracia fue entendida como un valor desde las negociaciones entre Brasil y Argentina antes de la firma del Tratado de Asunción. En discursos efectuados por los presidentes Alfonsín y Sarney se pueden observar menciones al resurgimiento de las democracias en ambos países como uno de los factores decisivos para la conformación de un proceso de cooperación entre Argentina y Brasil. Precisamente, en el discurso ofrecido con ocasión de la firma del Tratado de Cooperación, Integración y Desarrollo de 1988, el presidente Alfonsín declaraba lo siguiente: "A este clima de confianza y profundo entendimiento, absolutamente indispensable para fundar sólidamente cualquier proyecto de integración, ha contribuido en forma decisiva el resurgimiento de la democracia en los dos países. Junto al Estado de Derecho, nuestros pueblos recuperaron un estilo de vida en libertad que, como la experiencia histórica lo demuestra, se traduce entre las naciones en una nueva y vigorosa solidaridad. Las sociedades democráticas expresan como ninguna otra la necesidad natural de los pueblos por acercarse a los demás pueblos, por hallar el camino de la concordia y la unidad, dejando definitivamente atrás los recelos y desconfianzas que son propios de tiempos oscuros" (BOGOVSLASKY MINOLLI; MAFFEI, 2015, p.97)

[6] Visitar la página: https://www.mercosur.int/quienes-somos/funcionamiento/

Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los Estados Partes, el GMC está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos gobiernos nacionales, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de los Ministerios de Economía (o equivalentes) y de los Bancos Centrales y la CCM está integrada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado Parte y coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores. Cómo se puede observar, los órganos están compuestos por los representantes de los Estados y, especialmente, por los Poderes Ejecutivos, a través, de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía.

En este sentido, los órganos con capacidad decisoria en el MERCOSUR, utilizando los conceptos desarrollados previamente, reciben una legitimidad indirecta de ejercicio, ya que, son los representantes del Poder Ejecutivo (en su mayoría los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía) los encargados de elaborar la normativa que regirá el proceso de integración. Piénsese, entonces, en la siguiente relación causal: Los ciudadanos eligen a sus representantes, en este caso, a los mandatarios que llevaron a cabo las negociaciones y firmaron el (TA) (legitimidad indirecta de origen) con base en la habilitación constitucional. Éstos son los que crearon una estructura institucional esencialmente intergubernamental en donde es el propio Poder Ejecutivo de los Estados el que nombra quienes son sus ministros y, finalmente, son éstos los que integran los órganos del MERCOSUR que adoptan decisiones por consenso. Con este ejemplo, se deja patente el esencial carácter indirecto de la representación ciudadana en el proceso de integración.

Existe, además, otro elemento para identificar el carácter indirecto de la legitimidad democrática del MERCOSUR y se refiere a la necesidad de incorporación normativa al interior de los Estados partes para que éstas entren en vigor. Para este análisis debemos recurrir al Protocolo de Ouro Preto (POP)[7].

En la práctica, la mayoría y las principales normas precisan ser incorporadas. Las características de las normas que no precisan ser incorporadas se encuentran determinadas en la MERCOSUR/CMC/DEC N° 23/00: (i) cuando el contenido de la normativa esté vinculada a materias relacionadas con el funcionamiento interno del MERCOSUR (esto debe ser explicado

[7] Una primera lectura del Art. 42 del POP, parecería indicar el carácter directo de la normativa emanada del MERCOSUR, ya que determina que: "Las normas dictadas por los órganos del MERCOSUR previstas en el artículo 2 de este Protocolo serán de obligado cumplimiento". Sin embargo, seguidamente el artículo continúa diciendo que, en su caso, se incorporarán a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada Estado. Así, existen dos tipos de normas, aquellas que precisan ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y aquellas que no necesitan tal incorporación.

en la normativa); (ii) cuando el contenido ya esté cubierto por la legislación nacional del Estado Parte. Al realizar esta delimitación, se entiende que deben incorporarse el resto de normas. Así, la regla sería la obligación de la incorporación y la excepción sería la no obligación. No obstante, los Estados, una vez aprobada la norma a nivel regional, deben adoptar todas las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional (Art. 40 del POP).

En este sentido, una vez negociada y aprobada la normativa a nivel regional (a través de los órganos indicados más arriba) son los Parlamentos nacionales los que, mediante una ley, deben aprobarla para que entre en vigor. Así, la legitimidad ciudadana que poseen los Parlamentos nacionales es trasladada, también de forma indirecta, a las decisiones que fueron adoptadas por los órganos regionales. La pregunta que cabe, entonces, es: ¿Resulta suficiente esta configuración institucional para dotar de legitimidad democrática al MERCOSUR?

La respuesta a esta pregunta puede encontrarse en los objetivos plasmados en el TA.

Si bien el objetivo del MERCOSUR es la creación de un nivel de integración relativamente profundo (como es la conformación de un mercado común)[8] éste no fue dotado de órganos concordantes con tal objetivo. En este sentido, si fijamos la atención en lo que debería ser el MERCOSUR (un mercado común) es evidente que será necesaria la implementación de herramientas que posibiliten una legitimación democrática directa en el bloque para evitar un aumento en el déficit democrático. Si, en cambio, optamos por un visión pragmática y focalizada no en el deber ser, si no, en lo que el MERCOSUR realmente es, no resultaría necesario crear estos mecanismos. El punto está en saber si se pretende avanzar en el proceso de integración y cumplir con los objetivos plasmados en el Tratado constitutivo, mantener el *status quo* o, por el contrario, retroceder.

A pesar de lo dicho hasta aquí, desde el MERCOSUR se han desarrollado algunas herramientas para promover la legitimidad directa en la dimensión estricta (relación ciudadano-proceso de integración). Se trata, por ejemplo, de la creación del Parlamento del Mercosur (Parlasur) que, si bien no participa del proceso de toma de decisión al interior del bloque, por no ser un órgano con capacidad decisoria, tiene la competencia de "*Recibir, examinar y en su caso canalizar hacia los órganos decisorios, peticiones de cualquier particular de los Estados Partes, sean personas físicas o jurídicas, relacionadas con actos u omisiones de los órganos*

[8] El Artículo 1 del mencionado Tratado estipula que: "*Los Estados deciden constituir un Mercado Común que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, lo que significa, la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros*". Además, un Mercado Común significa: el establecimiento de un arancel externo común[8] y la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados parte. No obstante, este objetivo no se cumplió y, aún se está muy lejos de cumplirlo. Se dice, entonces, que actualmente el MERCOSUR se encuentra en una fase más relacionada a una Unión Aduanera (aunque imperfecta) que a un Mercado Común (PIZZOLO, 1998, p.273).

del MERCOSUR" y de presentar proyecto de normas a los órganos con capacidad decisoria. Además, fueron previstas las elecciones directas de los parlasurianos (aunque esta cuestión sigue presentando polémicas entre los Estados, que aún no han implementado el procedimiento de elecciones directas o que, habiéndolo implementado, lo han derogado[9]).

Por otro lado, desde la dimensión amplia desarrollada en este trabajo podemos citar como ejemplo la llamada: cláusula democrática enmarcada en el Protocolo de Ushuaia (PU) de 1998 que indica que "la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración", para luego establecer en su artículo segundo que será de aplicación en los casos de interrupción del régimen democrático en alguno de los Estados miembros[10].

Tomando el ejemplo de este último párrafo (creación de la cláusula democrática para garantizar la vigencia de las instituciones democráticas) es que se puede analizar el rol de la función jurisdiccional en el MERCOSUR como una herramienta susceptible de disminuir el déficit democrático o garantizar la legitimidad democrática en los procesos de integración, al menos desde la dimensión amplia, cuestión que será materia de análisis en el punto 2.2.1. Previamente se plasman algunas ideas generales sobre la función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica y, posteriormente, se analiza la función jurisdiccional desde la perspectiva de los procesos de integración.

2. La función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica

Siguiendo a Millan (2000), preguntarse al respecto de la función jurisdiccional, desde una perspectiva sistémica, implica observar, en contraposición a lo que ocurre con un proceso

[9] El primer país en implementar las elecciones directas para parlamentarios del MERCOSUR fue Paraguay, no obstante esta normativa fue derogada y, a partir de 2023 ya no son más votados directamente los parlamentarios, quedando en manos de los diputados y senadores tal elección. En Argentina, las elecciones directas fueron implementadas en 2015 mediante una ley. Posteriormente fue derogada la elección directa de parlamentarios por Decreto 343/2019 en donde se convocaba a elecciones suprimiendo la de elección de parlasurianos. No obstante, la ley no fue derogada y, para el año 2023, se prevé la elección directa en Argentina. Por otro lado, Brasil y Uruguay nunca modificaron su ley electoral para promover la elección directa. En la actualidad, entonces, solo en Argentina los ciudadanos elegirán a los parlamentarios del Parlasur de forma directa.

[10] En el Preámbulo del Protocolo Constitutivo del Parlamento (CMC DEC N°23/05) se sostuvo que la instalación del Parlamento del MERCOSUR, con una adecuada representación de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes, significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del MERCOSUR, creando un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas.

judicial (que representa las actividades relacionadas y ordenadas que ocurren en un caso judicial), el papel que posee la judicatura en relación con otros aspectos de la vida social. En otras palabras, es hacerse la pregunta fundamental: ¿Qué es lo que hacen los jueces? ¿Sólo solucionan conflictos entre las partes con sus sentencias o realizan algo más en nuestro sistema social?

Eugenio Bulygin (2003), si bien no manifiesta seguir explícitamente una perspectiva sistémica, se ocupó de esta cuestión al preguntarse y analizar la cuestión sobre si los jueces crean derecho y agrupó la respuesta en tres corrientes: (a) una teoría tradicional que sostiene que el Derecho (conjunto de normas generales) es creado por el legislador y los jueces se limitan a aplicar el derecho a casos particulares, (b) una teoría que sostiene que el derecho es un conjunto de normas generales e individuales y que los jueces crean derecho porque crean normas individuales y (c) otra teoría que sostiene que los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones muy especiales (Bulygin, 2003, p. 7).

De las tres perspectivas planteadas por el autor todo parece indicar que la primera de ellas es la que más se aproxima a la idea de un sistema cerrado: "*El que las normas generales solucionen todos los casos y lo hagan en forma coherente parece ser una condición necesaria para poder exigir del juez que se limite a la mera aplicación de esas normas, sin introducir modificaciones o cambios en las normas generales*" (Bulygin, 2003, p. 9). En este sentido, el derecho es un sistema completo y coherente en donde el juez aplica la norma sancionada por el poder legislativo. El segundo caso, sigue siendo un sistema cerrado, con la diferencia de que se considera que el juez también crea derecho con sus sentencias, lo que, en este caso, serían normas individuales[11]. La última de las posturas, que es la que sostiene el autor, es la que más se aproxima a la concepción de un sistema abierto. En este sentido, se sostiene que los jueces también crean normas generales cuando: (a) existen acuerdos plenarios de las cámaras de apelaciones o ciertas sentencias del tribunal supremo, (b) cuando se ven obligados a crear normas generales cuando se enfrentan a casos de lagunas o contradicciones normativas o en caso de lagunas axiológicas (Bulygin, 2003, p.24)

¿Cuál sería, entonces, el carácter de estas normas generales creadas por los jueces en contraposición a las creadas por el Poder Legislativo? (a) no obliga, en principio, a otros jueces, (b) crea un precedente que si es seguido crea una jurisprudencia uniforme adquiriendo un

[11] Sostiene el autor: Por lo tanto, la diferencia entre la función del legislador y la del juez es, según Kelsen, sólo cuantitativa: el juez suele estar más limitado que el legislador, pero ambos crean derecho dentro del marco establecido por la norma superior (la constitución en el caso del legislador y la ley en el del juez).

carácter obligatorio. En este sentido, sostiene Bulygin (2003): "*cuando hay normas generales que correlacionan un caso genérico con dos o más soluciones incompatibles, el caso individual no puede ser resuelto por el juez sin modificar las normas existentes*[12]*. La técnica usada normalmente por los jueces consiste en establecer un orden jerárquico entre las normas en conflicto y en no aplicar la norma menos importante. Esta operación equivale o bien a una derogación parcial de una de las normas en conflicto (al introducir en ella una excepción), o bien a su derogación total*" (Bulygin, 2003, p.25).

Así, realizando una conexión con las definiciones efectuadas en el punto 1 de este trabajo, desde las nociones de retroalimentación o *feedbak* se puede decir que los jueces, cuando aplican una norma al caso concreto, realizan un trabajo de ajuste o adaptación del sistema (Grün, 2006 p.70). Si el juez aplica la norma general en un caso individual para solucionar un caso individual el sistema se retroalimenta con un precedente más, que confirma la vigencia de la norma general, por el contrario, cuando existen lagunas o contradicciones normativas o en caso de lagunas axiológicas, el juez se valdrá de elementos externos (por ejemplo, el Derecho comparado, decisiones judiciales de otras jurisdicciones que solucionaron un caso con similares características, valores como la equidad, etc,) retroalimentando al sistema con una nueva interpretación, que no existía hasta ese momento. Como afirmado más arriba, este trabajo de ajuste o adaptación que realiza el juez, podrá ser seguido por otros jueces, para el caso de que exista un caso individual llevado a sus estrados de similares características, además podrá también, provocar, en algunos casos, cambios en las normas generales tendientes a establecer soluciones genéricas en el futuro. Veremos, a continuación, como operan estos conceptos aplicados a los procesos de integración.

2.1 La función jurisdiccional en los procesos de integración

[12] Según las definiciones dadas por el Bulygin (2003)**:** *Caso genérico* es una propiedad o conjunto de propiedades que pueden ejemplificarse en un número indefinido de casos individuales). *Caso individual* (evento concreto ubicado en tiempo y espacio, cuyos protagonistas son individuos) *Solución genérica* tipos o clases de acciones caracterizadas normativamente (como obligatorias, prohibidas o permitidas) *Solución individual* actos u omisiones realizados por individuos determinados, localizados espacial y temporalmente, calificados como obligatorios, prohibidos o permitidos. *Normas generales* como expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las *Normas individuales* como expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual.

Como fue indicado anteriormente, los procesos de integración regional tienen como objetivo la conformación de algún esquema de integración y se presentan como un fenómeno multidimensional que no solo se refiere a aspectos económicos. En la conformación de estos procesos de integración pueden existir diferentes grados de institucionalización, dependiendo de la fase de integración que se haya propuesto, pasando de la mera cooperación hasta la llamada supranacionalidad.

El Derecho de la Integración surge, entonces, como un conjunto de normas creado para regular estos procesos de integración y se vio que existen dos vertientes de este derecho: una vertiente es la intergubernamental y la otra la supranacional.

Los elementos que configuran la función jurisdiccional dentro de un proceso de integración variarán dependiendo de la vertiente de que se trate. En los procesos con características intergubernamentales, tienden a instrumentar mecanismos de solución de controversias más laxos e identificados con el arbitraje, con lo cual, salvo que se creen sistemas ágiles y altamente técnicos, no se pueden garantizar soluciones uniformes a las diversas controversias que puedan surgir, además, los particulares muchas veces no tienen legitimidad activa ni pasiva (RUIZ DIAZ LABRANO, 1998, p. 532). Por el contrario, procesos con características supranacionales precisarán un sistema jurisdiccional más complejo, en donde los particulares puedan ser legitimados activos y pasivos. Si aplicamos la perspectiva sistémica desarrollada en el punto anterior, se puede indicar que, aquellos que son destinados a solucionar controversias al interior del proceso de integración realizan, a su vez, otras actividades, como será precisado a seguir:

En primer lugar, como se indicó, la conformación de la función jurisdiccional tiende a (i) *solucionar el caso concreto* (resolver la controversia de que se trate de forma imparcial y pacífica): este motivo es el más obvio. Se entiende, entonces, que entre los Estados que conforman un proceso de integración, al entrar en relaciones más estrechas y obligarse recíprocamente a cumplir una normativa específica, puedan surgir mayores conflictos de intereses e incumplimientos. Así, la creación de un mecanismo de controversia específico sirve como una herramienta para resguardar los intereses vulnerados por el incumplimiento. En este sentido, las partes (conflicto entre Estados, entre Estados y particulares o entre particulares, dependiendo de la forma que se le haya dado al sistema de solución de controversias) podrán contar con una garantía de que los derechos y objetivos asumidos no serán vulnerados arbitrariamente y, en caso de que esto ocurra, podrán contar con un tercero imparcial que pueda resolver la cuestión de que se trate. En segundo lugar, los encargados de solucionar una controversia también tienen como función la de (ii) *Interpretar la normativa vigente que rige*

el proceso de integración, ya que, al solucionar el caso concreto es indefectible que se realice un trabajo de interpretación normativa. Esto es de relevancia fundamental en los procesos de integración, especialmente, en aquellos que recientemente creados. Se trata de indagar sobre el sentido de la normativa emanada por los órganos decisorios, determinando su contenido y alcance preciso, considerando las particularidades del caso concreto de que se trate. Por otro lado, al interpretar puede suceder que se procure (iii) *completar lagunas normativas, en caso de que proceda*, debido a que, al aplicar la normativa al caso concreto, pueda ocurrir que ésta no se solucione con su mera aplicación e interpretación. En este caso, aquellos llamados a solucionar el caso concreto deberán completar la laguna normativa dándole un sentido que sea susceptible de dar una solución al caso. Asimismo, es necesario que sea: (iv) *garantizado el orden jurídico que rige el proceso de integración y la jerarquía normativa existente*: los procesos de integración poseen un orden jurídico específico y la organización de un orden jerárquico interno. Así como sucede con el derecho interno, aquellos llamados a resolver conflictos jurídicos entre las partes son los guardianes de este orden. Conjuntamente con lo dicho hasta aquí, en la labor de solucionar el caso concreto e interpretar la normativa vigente debe tenerse como objetivo *(vi) resguardar los objetivos planteados en el Tratado constitutivo*. Por último, se debe (vii) *garantizar una interpretación uniforme de la normativa.* De esta forma se le otorga credibilidad al proceso, certeza y confiabilidad, tanto a los protagonistas como a los terceros (públicos y privados). Un marco de seguridad jurídica puede garantizar soluciones justas a dichas controversias.

2.2 La función jurisdiccional del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y la cuestión democrática

Como fue indicado en el punto 1.1, la estructura jurídico-institucional del MERCOSUR es eminentemente intergubernamental, esto debido al hecho de que los órganos decisorios están compuestos por funcionarios perteneciente a los Estados-parte; las decisiones son adoptadas por consenso, no existe una aplicación directa, inmediata ni superior de la normativa mercosureña en los Estados-partes; el proceso está fuertemente influenciado por las decisiones adoptadas por los Poderes Ejecutivos de los Estados partes. Asimismo, como fue indicado en el punto anterior, los procesos con características intergubernamentales, se tienden a instrumentar mecanismos de solución de controversias más laxos e identificados con el arbitraje. Es con estas premisas que se pasa a analizar la forma como se desarrolla el mecanismo de solución de controversias en el MERCOSUR.

Los objetivos de este mecanismo pueden encontrarse tanto en el Protocolo de Brasilia (PB) (originariamente) como en su documento sucesor el Protocolo de Olivos (PO). En el primer instrumento ya se indicaba que los objetivos del subsistema eran: "*disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del mencionado Tratado y de las disposiciones que de él deriven*" y "*contribuir al fortalecimiento de las relaciones entre las Partes sobre la base de la justicia y de la equidad*". Por su parte, el PO marca como objetivos: "*garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática*". Además, el PO reconoce que la evolución del proceso de integración en el ámbito del MERCOSUR requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias.

Por otro lado, el ámbito de aplicación, esto quiere decir, la normativa que puede someterse al control, aplicación e interpretación del mecanismo de solución de controversias es: el TA, el POP, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM. Asimismo, esto no excluye la facultad de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc (TAH) o la del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) de decidir *ex aequo et bono*, si las partes así lo acordaren[13].

Este sistema se encuentra organizado en tres fases. La primera de ellas conformada por las negociaciones directas (instancia obligatoria) y la segunda por la mediación del GMC. Ambas conforman una instancia precontenciosa o prejurisdiccional, que tiene como objetivo que los Estados partes puedan solucionar sus controversias antes de someterla a la instancia jurisdiccional, propiamente dicha. Vencidos los plazos para llegar a una solución en la etapa precontenciosa, sin que la controversia obtenga solución, cualquiera de los Estados Partes puede iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto.

De esta forma, se inicia la tercera fase, que es la propiamente jurisdiccional, representada por el proceso arbitral ad hoc o la intervención directa del TPR, en caso de que los Estados involucrados decidan someter la cuestión directamente al TPR, siempre que haya común acuerdo. En caso de que se haya decidido iniciar el proceso arbitral ad hoc, una vez emitido el Laudo por el TAH, existe la posibilidad de que se plantee un recurso de revisión de ese Laudo y, en este caso, el TPR actúa como tribunal de alzada el cual podrá confirmar,

[13] Además, los Estados Partes que formen parte del MERCOSUR reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc que en cada caso se constituyan para conocer y resolver las controversias a que se refiere el presente Protocolo, así como la jurisdicción del TPR.

modificar, o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del TAH. Su pronunciamiento es, en última instancia, inapelable prevaleciendo sobre este último (arts. 17, 22 y 26, inciso 2º PO)[14].

Como se puede observar de lo explicado hasta aquí, el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR no prevé la actuación de particulares. Los ciudadanos no tienen acceso directo ni a los TAH, ni al TPR. Son los Estados (nuevamente los Ministerios de Relaciones exteriores) los que deben absorber los reclamos de particulares y someterlos, luego, de un procedimiento interno, al mecanismo de solución de controversias[15]. De esta forma, se puede afirmar que el sistema de solución de controversias carece de legitimidad democrática directa en la dimensión estricta (relación ciudadano/proceso de integración), los ciudadanos no elijen a los árbitros de forma directa y tampoco participan del proceso de toma de decisión como legitimados activos para peticionar al respecto de la violación de algún dispositivo normativo regional.

No obstante este identificado déficit democrático que caracteriza al sistema de integración en su dimensión estricta, no sucede lo mismo en la dimensión amplia en la que, el mecanismo de solución de controversias, posee alguna injerencia en la aplicación de la cláusula democrática del PU, en los términos que se pasarán a exponer. Para tal fin se analizará una controversia sometida al TPR que dio lugar a la emisión del Laudo 1/2012.

2.2.1 El Laudo 1/2012: La relación PU/PO en la cuestión democrática amplia

En el año 2012, los Estados del MERCOSUR, en una Cumbre celebrada en la ciudad de Mendoza, Argentina, adoptaron el 29 de junio, la decisión de suspender a la República del Paraguay del derecho a participar en los órganos del Mercosur y de las deliberaciones, en los términos del artículo 5º del PU[16]. Junto con esta suspensión se decide convocar una reunión especial para la admisión oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Considerando estos precedentes la República de Paraguay interpone una medida de urgencia ante el TPR con el

[14] Información obtenida de la página web del TPR. Disponible en: https://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_ini_proc_gral.htm

[15] Previsto en el artículo 39 a 44 del PO.

[16] Establece el Art. 5 del PU: "Cuando las consultas mencionadas en el artículo anterior resultaren infructuosas, los demás Estados Partes del presente Protocolo, según corresponda de conformidad con los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos".

objetivo de que se declaren inaplicables: (I) La decisión de suspender a Paraguay, (II) la Declaración que incorpora a Venezuela.

Paraguay argumenta en su reclamo: (I) la gravedad de las medidas adoptadas en la Cumbre de Presidentes causan gravamen irreparable por el hecho de que impiden ejercer sus derechos soberanos e inalienables como Estado fundador del MERCOSUR, (II) cuestiona la legitimidad de los Jefes de Estado para adoptar decisiones obligatorias en razón de que las cumbres presidenciales no constituyen ni integran los órganos del MERCOSUR y que las decisiones no se ajustan a su normativa, (III) considera que no hubo ruptura del orden democrático y que no se realizaron las consultas previstas en el artículo 4 del PU[17], (IV) alega que las demás instancias a las que se podría recurrir dentro del sistema de solución de controversias del MERCOSUR quedarían excluidas a raíz de los efectos de la suspensión e imposibilidad de participación de los representantes de Paraguay en los órganos que deben intervenir para conformar el procedimiento. Considera que en esta situación el TPR tendría competencia para entender originariamente en la controversia suscitada.

Por su lado, la República Argentina, la República de Brasil y la República Oriental del Uruguay, plantean de forma conjunta su respuesta. En este sentido, ponen en primer lugar ciertas cuestiones preliminares, argumentando que: (I) el PU escapa al sistema de solución de controversias del MERCOSUR, y que representa la norma base del proceso de integración, del que deriva la legitimidad de los Estados Partes para integrar el MERCOSUR. Solicitan que el TPR se declare incompetente en razón de la materia, (II) la inadecuación de la vía elegida, porque el procedimiento para casos excepcionales de urgencia del art. 24 del PO fue prevista estrictamente para, casos específicos de naturaleza comercial y su viabilidad depende del cumplimiento de requisitos acumulativos enunciados en la norma que no se aplican a esta acción. A la vez, señalan la proporcionalidad de la medida que fue lo menos gravosa posible, y de carácter provisorio. Con relación a la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela diferencian dos actos: la aprobación de solicitud de adhesión y la declaración de incorporación de un nuevo miembro. La primera, prevista en el art. 20 del TA, que requiere unanimidad y la segunda, de carácter declaratorio, que no necesita unanimidad. La participación de Paraguay en las decisiones, en su carácter de suspendido, tornaría ineficaz el PU.

[17] Establece del Art.4 del PU: "En caso de ruptura del orden democrático en un estado parte del presente Protocolo, los demás Estados Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado".

Sustanciados los argumentos de las dos partes el TPR debía analizar, por primera vez, sobre diversas cuestiones y de considerable relevancia[18]. En primer lugar, era la primera vez que era planteada una medida de urgencia y, en este sentido, cobraba importancia todo aquello que el Tribunal pudiera interpretar al respecto sobre la aplicación de la Decisión 23/04. En segundo lugar, era la primera vez que el Tribunal entendería sobre la aplicación correcta o no de una medida de tamaña envergadura como es la suspensión a un Estado y, en consecuencia, puede decirse con esto, que era la primera vez que estaban en disputa asuntos que no estaban estrictamente relacionadas con cuestiones comerciales.

La cuestión específica que interesa a este trabajo es el tratamiento que le da el TPR a la relación entre el PU y el PO y su competencia para entender en la materia. En este sentido, el TPR determina que: "la observancia de la legalidad de los procedimientos previstos en el PU son susceptible de revisión en el marco del sistema de solución de controversias del MERCOSUR. Lo mismo se aplica a cuestionamientos relacionados con la aplicación e interpretación de dicho Protocolo, en la medida en que el hecho concreto, por su naturaleza, demande un examen de legalidad". Básicamente lo que interpreta el Tribunal es que el PU conforma el plexo normativo del MERCOSUR y que el Artículo 1.1 del PO, lo habilita para analizar alguna cuestión relacionada con este Protocolo. Sostiene, además que: "La jurisdicción del sistema de solución de controversias, de esta forma, se extiende *ratione personae* a los Estados miembros del MERCOSUR. *Ratione materiae*, esta jurisdicción se conforma sobre controversias entre los Estados Partes referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR. No hay, de forma implícita o explícita en el texto del PO, exclusión de jurisdicción con base a la materia objeto de la controversia.

El sistema de solución de controversias abarca las normas del PU en la medida en que afecten o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados Parte. Por lo tanto, no cabe discutir el derecho a recurrir a ese sistema que tiene un Estado Parte que considere que se han vulnerado sus derechos en aplicación de las normas del PU. Reconocen, al mismo tiempo, el impacto político que podría causar al interior de los Estados partes una decisión del TPR sobre la correcta aplicación del PU, pudiendo, por ejemplo, abarcar desde que no se verificaron que los Estados hayan arbitrado las consultas previstas en el art. 5 del PU, *hasta una decisión que interprete que no se dieron las circunstancias necesarias para declarar una suspensión* y, en consecuencia, considerar que no hubo una ruptura al orden democrático. Sin embargo, sostienen que la intención de interpretar sobre estas cuestiones no se orienta a crear

[18] LAUDO 1/2012. Disponible en: https://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf

un orden supranacional, sino, a interpretar los textos aprobados por los Estados Partes, sin sustituir su voluntad, pero advirtiendo que dicha voluntad también se expresa en los tratados internacionales que suscriben y en las decisiones adoptadas en su consecuencia. Como consecuencia de esta interpretación se deduce, entonces, que un Estado que se encuentra suspendido del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración no queda excluido a recurrir dentro del sistema de solución de controversias del MERCOSUR, manteniéndose los representantes en los órganos que deben intervenir para conformar el procedimiento.

De esta argumentación se deduce, utilizando los términos desarrollados en este trabajo, que el TPR, a partir del Laudo 1/2012, tiene la competencia para entender sobre la clausula democrática del bloque y analizar la existencia o no de una ruptura del orden democrático en alguno de los Estados-partes. En este sentido, el TPR se torna un guardián de la vigencia del PU y de la cuestión democrática en la dimensión amplia (Estados-Procesos de integración). En este sentido, si el TPR entendiera que no se dieron las circunstancias necesarias para declarar una suspensión, ergo, entiende que no hubo una ruptura del orden democrático al interior del Estado y, viceversa. En este Laudo, además, se puede observar el carácter sistémico desarrollados en los puntos 2, 2.1 y 2.2 de la función jurisdiccional, ya que, ante la falta de dispositivos que hicieran una mención específica sobre la relación entre el PU y el PO, el TPR se vio en la necesidad de completar esta laguna y realizando una reinterpretación del PO al sostener, de forma indirecta, que el mecanismo de solución de controversias no fue creado solo para resolver cuestiones comerciales, sino, también, cuestiones de índole que se encuentran más emparentadas a lo institucional, como puede ser la suspensión de un Estado.

CONSDIERACIONES FINALES

El objetivo de este trabajo fue analizar la cuestión democrática y, consecuentemente, el déficit democrático en los procesos de integración desde una perspectiva sistémica y el rol que tiene la función jurisdiccional al respecto. Estos conceptos generales y, eminentemente teóricos, fueron utilizados para analizar un proceso de integración específico, el MERCOSUR.

En este sentido, se argumentó que, si fijamos la atención en lo que debería ser el MERCOSUR (un mercado común) es evidente que será necesaria la implementación de herramientas que posibiliten una legitimación democrática directa en el bloque para evitar un aumento en el déficit democrático. Si, en cambio, optamos por un visión pragmática y focalizada no en el deber ser, si no, en lo que el MERCOSUR realmente es, no resultaría necesario crear estos mecanismos. Además, se indicó que, desde el MERCOSUR, se han

desarrollado algunas herramientas para promover la legitimidad directa en la dimensión estricta (relación ciudadano-proceso de integración). Se trata, por ejemplo, de la creación del Parlamento del Mercosur (Parlasur) Por otro lado, desde la dimensión amplia fue creada la llamada cláusula democrática enmarcada en el Protocolo de Ushuaia (PU) de 1998 que indica que "la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración", para luego establecer en su artículo segundo que será de aplicación en los casos de interrupción del régimen democrático en alguno de los Estados miembros

Asimismo, cuando se analiza la función jurisdiccional desde una perspectiva sistémica y su rol en la cuestión democrática del bloque, se argumentó que el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR no prevé la actuación de particulares y, en este sentido, se puede afirmar que éste carece de legitimidad democrática directa en la dimensión estricta (relación ciudadano/proceso de integración). No obstante, no sucede lo mismo en la dimensión amplia en la que, el mecanismo de solución de controversias, posee alguna injerencia en la aplicación de la cláusula democrática del PU, en los términos indicados en el Laudo 1/2012, ya que es competente para interpretar el PU y la aplicación correcta o no de una suspensión por causa de una ruptura al orden democrático.

Bibliografía:

ARNOLD, Marcelo e OSORIO, Francisco. Introducción a los conceptos básicos de la teoría general de sistemas Cinta moebio 3: 40- 49, 1998. www.moebio.uchile.cl/03/frprinci.htm

BERTALANFFY, Ludwig Von. (trad. Juan Almela) *Teoria general de los sistemas*. Fundamento, desarrollo y aplicaciones. México: Fondo de Cultura, 1986

BOGOSLAVSKY MINOLLI, Tatiana; MAFFEI, Brenda Luciana. La eficacia de los instrumentos del MERCOSUR para mantener las democracias dentro del bloque. MAFFEI, Brenda; ECHAIDE, Javier. El Parlamento del MERCOSUR. Aspectos amplios y estrictos de la cuestión democrática en el bloque, Buenos Aires: Euros Editores, 2015.

BULYGIN, Eugenio. Universidad de Buenos Aires. ISONOMÍA No. 18 / Abril 2003

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. Aportes metodológicos para la integración del MERCOSUR. Em: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 1, N° 1. 2013. p. 109-136

____. Filosofía y sistema del derecho de la integración. (El complejo problemático del Derecho de la Integración. Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración). *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Vol. 29 (2006) p. 27-48

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 TPR, 2020, año 8, nº 16.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O Direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003

____. *Direito e holismo. Instrodução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000
____. (org) *A crise do conhecimento jurídico. Perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo*. Brasília: OAB Editora, 2004
FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila, ROCHA, Adriana. Direito, transdisciplinaridade e hipercomplexidade. *Interparadigmas*, Ano 1, N. 1, 2013. p. 103-116
FERNÁNDEZ REYES, JorLBge. Curso de Derecho de la Integración. Montevideo: Mastergraf, 2013. CAP. I
GRÜN, Ernesto. La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. *Panóptica*, ano 1, n. 7, mar-abr. 2007
GRÜN, Ernesto; BOTERO-BERNAL, Andrés. Hacia una teoría sistémico-cibernética del derecho. *Vniversitas*, n. 117, julio-diciembre, 2008, pp. 41-64. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia
MALAMUD, Andrés. Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional. En: NORTEAMÉRICA. Año 6, número 2, julio-diciembre de 2011. p. 219
MORIN, Edgar. *Ciência com consciência* . Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. - Ed. revista e modificada pelo autor - 8" ed. - Rio de Janeiro: Bertrand. Brasil, 2005
____. *O método. TOMO I: A natureza da natureza*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1977
____. *A cabeça bem-feita. Repensar a reforma reformar o pensamento*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 13
____. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2007
MILLÁN Agustín. *Fundamentos sociales y culturales de la educacion*. Chile: Editorial Universidad Arturo Prat, 2000
NEGRO, Sandra. *Manual Derecho de la Integración* – 3ª Ed. Buenos Aires Editorial BdeF, 2018
PIZZOLO, Calogero. *Pensar el Mercosur*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.
RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. Mercosur, Integración y Derecho. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998
SCHMIDT Vivien A. Democracy and Legitimacy in the European Union. The Oxford Handbook of the European Union Edited by Erik Jones, Anand Menon, and Stephen Weatherill Print Publication, Jan 2013.
VASCONCELLOS, María José Esteves de. Pensamento sistêmico. O Novo paradigma da Ciência . 7ma ed. São Paulo: Papirus, 2008
____. Pensamento Sistêmico: uma epistemologia científica para uma Ciência novo-paradigmática. I Congresso Brasileiro de Sistemas: "Despertando a consciência para a visão sistêmica: perspectivas para o século XXI", promovido pela International Society for the Systems Sciences – ISSS e pela FEARP/USP de Ribeirão Preto, em Ribeirão Preto, SP, em 9-10 de novembro de 2005. Disponível em: http://legacy.unifacef.com.br/quartocbs/arquivos/14.pdf
WIENER, norbert. *Cibernética sociedade o uso humano de seres humanos*. Trad. José Paulo Paes. 2ª edição. São Paulo: editora cultrix, 1968