

BRASIL Y EL MERCOSUR – LAS PERSPECTIVAS DE UN DERECHO COMUNITARIO: ASPECTOS DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL, ¿MUTACION O REFORMA?^(*) 335

POR GASTÓN J. GIUFFRÉ — TÂNIA LOBO MUNIZ

SUMARIO

1. El fenómeno integracionista y la nueva dimensión del Estado: La Nación y la soberanía en el mundo contemporáneo.
2. Consideraciones sobre el Mercosur (objetivos y panorama actual) y el escenario jurídico-político brasileiro.
3. Propuesta hermenéutica y fundamentación a favor del carácter de apertura del texto constitucional brasileiro. Adecuación de la doctrina de la mutación constitucional.
Consideraciones finales.

I.- INTRODUCCIÓN

La configuración del nuevo contexto político diseñado principalmente por la Unión Europea y por los bloques regionales de integración (como lo es en América Latina el Mercosur) afectó las relaciones entre los gobiernos, de modo tal que reformuló la estructura del propio Estado: sus funciones tradicionales, sus presupuestos filosófico-políticos, etc.

La integración comunitaria entre los Estados llevada a cabo en Europa introdujo un nuevo

paradigma de desarrollo de las sociedades actuales sin precedente en la historia. Considera Juan De La Cruz Ferrer: “[...] La sociedad fue reestructurada, mudó la visión del mundo, sus valores básicos, su estructura política y social, sus artes y sus instituciones claves”.³³⁶ Esta transformación radical de las sociedades y de los Estados que se viene verificando en el espacio de varias décadas trae consigo una serie de problemas. Aunque no puedan ser respondidos de forma definitiva o absoluta precisan de la reflexión y de la observación acentuada y metódica para permi-

335. El presente Artículo fue escrito en Portugués, seleccionado y defendido oralmente en Portugués en la **IX Convenção Latinoamericana de Direito – COLAD**, 2011. Evento Internacional celebrado durante los días 27 a 29 de Octubre de 2011 en la sede de la “Justiça Federal de Curitiba”, Curitiba, Estado de Paraná, Brasil. Promovido por el Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina – CEDDAL. Fue traducido al Español por Gaston J. Giuffre.

336. DE LA CRUZ FERRER, Juan. **Principios de Regulación Económica en la Unión Europea**. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, p. 25-26.

tir la inserción del Estado en la velocidad e dinamismo de la vida actual globalizada.

En ese sentido, será indagada la redefinición de “soberanía” estatal a partir de la apreciación de cuestiones pertinentes a su nueva dimensión en el mundo contemporáneo, demostrando los principales cambios ocasionados por el fenómeno integrador (referencia general y contextualizadora del objeto del presente artículo) para pasar a dar énfasis al Mercosur: sus objetivos y su situación actual. Este marco contextualizador permitirá ingresar en el análisis de las perspectivas de implementación de un Derecho Comunitario en el Mercosur, más específicamente si la Constitución de Brasil presenta el carácter de *abertura* necesaria para adecuarse a un sistema institucional supranacional o si precisa ser reformada para tal finalidad.

La forma de resolver este cuestionamiento depende de una actitud hermenéutica. Para eso esta pesquisa la concibe como el arte de atribuir un sentido específico al texto constitucional, bajo el prisma de: a) valorar y apreciar el desarrollo político actual del proceso de integración y, b) la dogmática constitucional contemporánea de mediados del siglo XX.

1. El fenómeno integracionista y la nueva dimensión del Estado: La Nación y la soberanía en el mundo contemploráneo

La nueva forma de relacionamiento entre los Estados que expone el mundo Occidental, actualmente con la Unión Europea, llevó el modelo político y jurídico del Estado —propio de la modernidad— a una crisis tornándolo, como

señala Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, “[...] en una unidad de análisis relativamente obsoleta”.³³⁷ El “Estado Desafiado”, considera dicho autor, se verifica en la reformulación de los elementos tenidos como típicos y constitutivos de los Estados Modernos.

Las transformaciones económicas, sociales y políticas contemporáneas modificaron esos elementos caracterizadores, hoy puestos en duda, no pudiendo servir más de base filosófico-política del punto de vista epistemológico para sustentar la existencia de esa unidad ontológica propia de la edad moderna (el Estado-Nación).

Recordando, de forma sucinta, siempre se consideró la existencia del Estado a partir de la modernidad.³³⁸ Tal afirmación, pacífica y corriente en la ciencia política y jurídica se basaba en la existencia de elementos estructurales que permitieron identificarlo, comúnmente: 1) un territorio nacional que sirvió de espacio para el ejercicio de la soberanía; 2) un pueblo o comunidad históricamente definida y, por último, 3) la centralización política. Entonces, se cuestiona: ¿A qué se refiere la crisis aludida? “[...] ‘Crisis del Estado’, como sabemos, significa esencialmente crisis de la soberanía estatal que se manifiesta en la transferencia de cotas crecientes de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, para fuera de sus límites territoriales”.³³⁹

A pesar de la crisis aludida, la Nación concebida como resultado de una multitud de circunstancias históricas, sociales y culturales, “[...] en la moneda fenomenológica de la experiencia en el mundo de la vida”³⁴⁰ no se diluyó, más bien adoptó una nueva vida. Se considera que existe

337. DE AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. Malheiros Editores, Brasil, 2002, p. 129. Traducción Libre.

338. En el período de la antigüedad el Derecho Romano empleaba la expresión “*natio*”, pero lo cierto era que le atribuía un significado diferente, por cuanto la verdadera noción de “Nación” (hoy concebida y aplicada por la ciencia política, social y jurídica) nace a partir de la edad moderna con la Constitución de los Estados-Nacionales. Benjamín Bentham —utilitarista e iluminista— fue el primer pensador a emplear la expresión “Nación” con un sentido formal y dentro de la constitución de los Estados.

339. FERRAJOLI, Luigi; ATIENZA, Manuel. **Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho**. Cap.: Estado De Derecho y Jurisdicción en la Crisis del Estado Nacional. Serie: Estado de derecho y función judicial. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 109-110.

340. HABERMAS, Jürgen. **A constelação Pos-Nacional: Ensaios Políticos**. Littera Mundi, São Paulo, 2001, p. 56. Traducción Libre.

como tal, pero no circunscripta a los límites y dimensiones típicas tradicionales, sino como realidad existencial espacial y temporalmente redimensionada para más allá de sus caracteres típicos. La nueva forma de relacionamiento entre los Estados instituida con la integración comunitaria no atrincheró la Nación, contrariamente, siempre que exista paz en la vida se verá reforzada la identidad nacional, aunque en una nueva dimensión espacial y temporal. La realidad de la Nación se fortaleció y se dimensionó a espacios más allá de las fronteras clásicas, tradicionalmente limitadas por territorios, cultura, lengua, costumbres, etc.

Las transformaciones marcadas por la supranacionalidad e interdependencia superaron la forma armada de enfrentar los conflictos políticos³⁴¹ por la construcción de una atmósfera de paz —en un espacio común—, lo que alteró la caracterización jurídico-política tradicional de la soberanía redimensionándola e insiriéndola dentro de la órbita del Derecho Internacional. El poder soberano clásico se adecuó al fenómeno integrador entre los Estados a fin de desarrollar una nueva atmósfera que supere los tormentos

espirituales de la guerra (tradicionalmente concebida como medio histórico de enfrentar los conflictos).³⁴²

En esta nueva dimensión se optó por disminuir el factor potencial de odio y hostilidad entre las naciones modernas, ampliando las fronteras de expectativas y las márgenes delimitadas por la geografía para potencializar las posibilidades materiales de realización del proyecto existencial individual y sin la guerra como premisa de sobrevivencia del Estado.³⁴³ El posicionamiento de Habermas a favor de la integración entre Estados sirve de referencia teórica y, consecuentemente, posibilita sustentar a favor de una nueva soberanía:

Los Estados singulares deberían vincularse —de un modo visible para la política interna— a procedimientos cooperativos obligatorios de una sociedad de Estados comprometida con el cosmopolitismo [...] un tal régimen también irá conquistar, gracias a su amplia base geográfica y económica, ventajas en la competencia internacional y podrá reforzar su posición delante de los otros. La construcción de unidades políticas mayores lleva a alianzas defensivas contra el resto del mundo, aún así,

341. Históricamente los conflictos políticos fueron resueltos por medio de la guerra, que según Sun Tzu: “[...] es de vital importancia para el Estado; es el dominio de la vida o de la muerte, el camino hasta la supervivencia o la pérdida del Imperio” (TZU, Sun. **El Arte de la Guerra**. R.P. Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2007, p. 11). A las reflexiones de Sun Tzu, estrategia militar Chino del siglo V a.c., que inspiró a Napoleón, Maquiavelo, Mao Tse Tung entre otras figuras históricas, le sucedió —en el mundo Occidental, siglo XIX- Carl Von Clausewitz, considerado uno de los más influyentes historiadores y teóricos de la ciencia militar moderna. Para él: “[...] la guerra es la extensión pura de la política por otros medios... No es sólo un acto político, sino un instrumento político real, una extensión de la actividad política, una perpetración de la misma por otros medios. Lo que aún permanece como particular de la guerra se refiere al carácter especial de los medios que utiliza” (CLAUSEWITZ, Carl Von. **De la Guerra**. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004, p. 31).

342. Algunas nociones de conflicto: “[...] Los conflictos preservan de la rigidez, del estancamiento en formas superadas; son —si bien no únicamente- la fuerza motriz sin la cual el cambio histórico no se produciría”. (HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Trad. ao Português: Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1992, p. 9. Traducción Libre). El “conflicto”, a partir de este entendimiento sociológico (también esbozado por R. Dahrendorf) siempre fue y es constitutivo de modelos de una sociedad. El próprio derecho se desenvuelve por medio de los “conflictos” y de las “luchas”, como afirma N. Bobbio: “[...] Do ponto de vista teórico, sempre defendi -e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos- que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas...” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Elsevier, Rio de Janeiro, 2004, p. 25). Consumada la teoría de Ihering, viene bien refrescarla en este sentido: “Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta [...] A vida completa do direito, considerada no seu conjunto, apresenta à nossa vista o mesmo espetáculo da luta...” (IHERING, Rudolf von, 1818-1892. **A luta pelo direito**. Trad. ao Português: Mário de Méroe. Centauro, São Paulo, 2002, p. 18).

343. Concibiendo, claro, que la guerra también es otra posibilidad. Mas, no esqueçamos que “la guerra es una invención y no una necesidad biológica. Seamos mejores ancestros, animemos la paz. El manifiesto de Sevilla, difundido por la UNESCO en 1989, sostiene científicamente que es incorrecto afirmar que la guerra es una fatalidad de la naturaleza humana” (TZU, Sun. Op. cit., nota a pie n° 6, p. 7).

no altera en nada el *modus* de la competencia por las posiciones en cuanto tal. Ella no lleva *per se* a un cambio de curso de la *adaptación* al sistema económico transnacional en el sentido de una tentativa de *influencia* política sobre sus condiciones generales. Por otro lado, fusiones políticas de ese género constituyen una condición necesaria para una recuperación de la política delante de las fuerzas de la economía globalizada.³⁴⁴

El proceso de integración comunitaria entre Estados estimula y presupone una abertura de las sociedades, sus Estados y sus ordenamientos jurídicos. La sociedad abierta es el único espacio social desde donde la integración puede avanzar y consolidarse.³⁴⁵ Significa, como considera Ferrajoli: “[la] superación de la propia forma del Estado nacional a través de la reconstrucción del Derecho Internacional, fundamentado no más sobre la soberanía de los Estados, sino sobre las autonomías de los pueblos”.³⁴⁶ La integración comunitaria presupone coordinación política y solidaridad entre los Estados, en un marco de objetivos comunes y medios coherentes e interdependientes que re-definen el papel del propio Estado en la sociedad y en la economía.³⁴⁷

Enseña Habermas: “[...] tal proyecto tendría que ser justificado a partir de los intereses presentes en los Estados y en sus poblaciones y concretizado por fuerzas políticas independientes”.³⁴⁸ La integración entre los Estados:

[...] impone, aunque que se *in abstracto*, burocráticamente, una alternativa – justamente la transposición para instancias supranacionales

de funciones hasta entonces atribuidas a ámbitos nacionales de los Estados Sociales... Pero en ese nivel falta un *modo de coordinación política* que pudiese conducir el tránsito transnacional dirigido por el mercado, manteniendo los niveles sociales dentro de parámetros aceptables... [se trata] de *crear una coordinación positiva y de ‘preencher’ una función reguladora en ámbitos relevantes en lo que toca a redistribución de la política económica, social y de empleo...* Nadie persigue con placer una utopía, sobre todo hoy, después de que todas las energías utópicas parecieran haberse *esgotado...* es un *proyecto de régimen transnacional con un ‘talho’ de política interna mundial*.³⁴⁹

En la búsqueda por la integración se deben identificar intereses comunes, de los cuales ese objetivo se nutre. Así, la substitución del enfoque conflictivo de naturaleza intrínsecamente negativa —en cuanto supone dilapidación de recursos de todo tipo— por una actitud de cooperación estimuladora del desarrollo de intereses comunes redundará en un importante impulso político del proceso de integración.³⁵⁰

Un nuevo concepto de soberanía es perfilado, como considera Roberto Luiz Silva: “El hecho de la soberanía no ser más considerada absoluta e ilimitada, se discute, con la supranacionalidad, el principio de la indivisibilidad, defendiéndose la tesis de la soberanía dividida o soberanía repartida”.³⁵¹ Este concepto es perfectamente adecuado para describir un mecanismo de integración

344. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., nota a pie n° 5, p. 70-72/73. Traducción Libre.

345. PIZZOLO, Calogero. **Globalización e Integración**. Ensayo de una Teoría General. Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, SICA. EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 32.

346. FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional**. Trad. Carlos Coccioli, Márcio Lauria Filho. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 52. Traducción Libre.

347. Teoría neofuncionalista aplicada a las relaciones internacionales.

348. HABERMAS, Jürgen. **A constelação Pos-Nacional: Ensaios Políticos**. Littera Mundi, São Paulo, 2001, p. 72-73. Traducción Libre.

349. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., nota a pie n° 13, p. 70-71. Traducción Libre.

350. Para ampliar este tópico, se sugiere consultar: MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. **El sistema institucional del Mercosur: de la Intergubernamentalidad hacia la Supranacionalidad**. Colección de estudios internacionales. Tórculo ediciones, Santiago de Compostela, 2005, p. 108.

351. SILVA, Roberto Luiz. **Direito Comunitário e de Integração**. Ed. Síntese Ltda, [S.l.], 1999, p. 36. Traducción Libre. En igual sentido, conferir PIZZOLO, Calogero. Op. cit., nota a pie n° 10, p. 200.

comunitaria – supranacional, tanto en lo que se refiere a la adaptación de las soberanías cuanto a la fusión de las mismas o al ejercicio común que dicha construcción supone.

Esa es una respuesta delante del hecho de los Estados *cederem* parcela de sus soberanías sin, no entanto, *desfigurarem-se* como Estados soberanos, siendo viable sustentar la idea de divisibilidad de la soberanía frente a la supranacionalidad.

2. Consideraciones sobre el Mercosur (objetivos y panorama actual) y el escenario jurídico-político brasileño

Partiendo de esas constataciones, se indaga sobre la posibilidad de buscarse una integración plena en el Mercosur (Mercado Común del Sur). Para tanto, el análisis de algunas cuestiones sobre ese proceso abrirá el camino de esta pesquisa.

El Mercosur se manifestó como resultado de la prudencia de los Estados del Cono Sur Americano con objetivos definidos: crear mecanismos pragmáticos para superar el subdesarrollo económico por medio de un proceso de regionalización. Los propósitos originarios fueron: a) establecer un mercado común, ampliando las actuales dimensiones de los mercados nacionales mediante la creación de tarifas externas comunes y la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los Estados partes; b) atinir una adecuada inserción internacional de los Estados partes en los grandes espacios económicos, modernizando las economías para optimizar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles; c) promover un esfuerzo progresivo en

el sentido de integrar la América Latina, de acuerdo con las metas del tratado de Montevideo de 1980; d) coordinar políticas macroeconómicas y sectoriales, visando asegurar condiciones propicias a la competitividad entre los Estados partes; e) armonizar las legislaciones nacionales en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.³⁵²

Aunque el Mercosur, en relación a su estructura institucional, se presenta con carácter intergubernamental³⁵³ (diferente de la Unión Europea que es un proceso de integración supranacional) actualmente cubre diversas materias con el fin de concentrar funciones políticas relevantes para el interés regional. Situación que permite identificar diferentes aspectos que van más allá de caracterizarlo como un mero instrumento económico. Según Costa Vaz Alcides:

El Mercosur [...] a pesar de ser frecuentemente identificado con la promoción de acuerdo de libre comercio y, en niveles más profundos de interacción, como la libre circulación de factores productivos, el regionalismo no es fenómeno estrictamente económico. En sus diferentes expresiones *acarreta mudanças* de orden política y se nutre de ellas, una vez que envuelve formas de coordinación de políticas, modificando, en consecuencia, imágenes, expectativas, objetivos y comportamientos de una variada gama de actores en los planos doméstico e internacional.³⁵⁴

En este sentido, el Mercosur consolidó proyectos y realizó muchos de sus objetivos, independiente de un padrón ideal, mostrándose como un proceso que refleja tanto iniciativas políticas

352. En el mismo sentido consultar: QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. **Mercosul, Direitos Humanos, Globalização e Soberania**. Tratado de Assunção. Preâmbulo e art. 1 do Capítulo I. Editora del Rey, [S.l., 200-?], p. 89.

353. Como es sabido: “nuestros países perdieron la oportunidad de aprovechar la experiencia acumulada durante el periodo de transición y de superar las desconfianzas existentes, generando un programa de integración netamente de corte comunitario, compuesto por instituciones organizadas de forma tal que representen el interés del conjunto y no el interés de cada uno de los países partes; que puedan pronunciarse por mayoría; y que puedan emitir normas de aplicación directa, inmediata y preeminente, invocables no solo por los Estados y las instituciones del proceso ante los órganos de solución de conflictos del Mercosur, sino también por los particulares y ante cualquier juez nacional” (GRANILLO OCAMPO, Raúl. **Derecho Público de la Integración**. Capítulo XV - El Mercosur. Ed. Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2007, p. 573).

354. COSTA VAZ, Alcides. *Cooperação, Integração e Processo Negociador. A construção do MERCOSUL*. Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, ISBN 85-88270-06-4, [S.l.], 2002, p. 23. Traducción Libre.

internas de los Estados partes,³⁵⁵ como eventos económicos reales ocurridos en la región (v.gr: migración, circulación de factores de la producción, incremento del comercio intra-zona) no controlado por los dirigentes políticos, pero que por su fuerza constitutiva ineludible pasó a formar parte de la política interna de los Estados partes. Esas iniciativas, afirmó Paulo Roberto de Almeida³⁵⁶ —Ministro-Consejero en la Embajada de Brasil en Washington— confirman la vocación del Mercosur en ultrapasarse sus meros efectos comerciales o derivaciones económicas en el sentido de firmarse como polo de desarrollo de ese espacio integrado y democrático en la América del Sur, objetivo implícito en la letra y en el espíritu del Tratado de Asunción.

En la misma línea, Regis Arslanian —embajador de Brasil en el Mercosur— consideró que el proceso de integración actualmente se encuentra en una fase positiva, constituyendo un proceso irreversible siendo hoy el *parceiro* comercial más importante de Brasil. También destacó que las relaciones comerciales se encuentran cada vez más consolidadas habiéndose resuelto el problema de la *dupla cobrança de tarifas externas* que creaba una distorsión de la unión aduanera, propiciando que los productos importados de terceros Estados, ajenos al Mercosur, tengan libre circulación dentro del territorio que compone el espacio común, consolidándose de esta forma la unión aduanera. Y, por otro lado, considera que hubo avances en el fortalecimiento del aspecto social de la integración por medio del Instituto

Social del Mercosur con sede en Paraguay.³⁵⁷

En el entendimiento del diplomata, los pilares actuales del Mercosur son: 1. La consolidación del intercambio comercial; 2. La reafirmación de una comunidad social; 3. La constitución de una ciudadanía común. Este último es el interés actual y comprende llevar la integración para el ciudadano. Con ese *intuito* se destaca el proyecto de creación de un registro de *carteira de identidade comum* para servir de fomento a una ciudadanía mercosulina, y el *cadastro de registros comum de placas veiculares* para facilitar el tránsito de los autos en todo el territorio del bloque. Con esto, afirmó el diplomata, se estaría inaugurando la fase plena de la integración.

Reafirmando esa postura, en una de las reuniones en el parlamento del Mercosur, la representación Brasileña defendió la necesidad de extender las materias que forman parte de la agenda integracionista para avanzar en su construcción común (v.gr. educación, cultura, etc) y coordinar las políticas macroeconómicas de protección a la entrada del capital financiero extranjero.³⁵⁸ Sobre esta plataforma fue aprobado en octubre de 2010 el sistema de elección de representantes para el parlamento del Mercosur por medio de lista para elecciones directas por sufragio universal,³⁵⁹ reforzando el carácter irreversible y la voluntad política de avanzar hacia una integración plena. Se alía a estos hechos el actual “Fondo de Convergencia Estructural del Mercosur” (FOCEM) (recursos donados al Mercosur para reducir las asimetrías económicas

355. Raúl G. Ocampo, destacando la importancia económica, social y política del Mercosur en la región, demuestra que es importante en su tamaño y potencial económico, ya que esta formado por países cuyos territorios en conjunto cubren aproximadamente 12.000.000 Km.2, extensión cinco veces mayor a la Comunidad Económica Europea; envuelve una población de aproximadamente 220 millones y cuenta con un Producto Interno Bruto (PIB) global superior a los 950.000 millones de dólares (GRANILLO OCAMPO, Raúl. Op. Cit., nota a pie nº 17, p. 571).

356. Ver: ROBERTO DE ALMEIDA, Paulo. Dez Anos de Mercosul: Uma Visão Brasileira. *Scientia Iuris*, Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, v.4, 2002, p. 38.

357. Afirmó -Regis Arslanian- que para Brasil el Mercosur actualmente es *parceiro* comercial más importante que E.E.U.U. (ARSLANIAN, Regis. In: Programa “Diplomacia” da TV Senado. 11:30 hs., 12 fev. 2011. Entrevista concedida a Regis Arslanian. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/tv>>. Acesso em: 12 fev. 2011).

358. Consultar: BRASIL. Programa “Diplomacia” da TV Senado, 21 hs., 24 Jan. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/tv>>. Acesso em: 24 Jan. 2011.

359. En Brasil se prevé para las elecciones de 2012.

entre los Estados partes). Con esto, es posible proyectar y pensar más firmemente en la supranacionalidad.³⁶⁰

Martínez Puñal destaca que el 21 de diciembre de 2001, en Montevideo, durante la XXI Reunión del CMC (Consejo Mercado Común) CARDOSO afirmó que era preciso avanzar en la institucionalización del Mercosur dado que *crece a demanda por instituições com características supranacionais*.³⁶¹ En ese mismo sentido, meses más tarde, el 8 de julio de 2002 declara en Santa Cruz de la Sierra que *o Mercosul deve começar a organizar instituições supranacionais*.³⁶² También, conforme enfatizaba Regis Arslanian, en la entrevista precitada, el entonces presidente Brasileiro, Luis Inácio Lula da Silva, ya había afirmado que *não há que ter receio da supranacionalidade*.³⁶³

Por eso, cabe preguntar en este nuevo contexto y concibiendo la posibilidad en un futuro próximo de superarse en el Mercosur el *estágio* de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad: ¿La Constitución Brasileira presenta el carácter de *abertura* necesario para adecuarse a un sistema institucional supranacional o precisa ser reformada para tal finalidad? Para responder a este problema previamente será necesario revisar las normas constitucionales para poder diseñar una alternativa hermenéutica que sirva de posible respuesta.

Partiendo de la ponderación que la supranacionalidad es un acto político y voluntario, deseado por el Estado parte de ese nuevo sistema institucional, y constatándose la efectiva existencia de un acto voluntario del titular de la soberanía a

360. Según la autora Melo Lorentz: “[...] percebemos que, desde a segunda metade da década de oitenta, quando a Argentina e o Brasil começaram a aproximar-se com mais veemência, no intuito de progredirem economicamente, o Brasil nunca se manifestou, de forma contundente, favorável à implantação de estruturas supranacionais no Mercosul. As gestões dos Presidentes do Brasil, desde José Sarney, Fernando Collor de Mello, Itamar Franco a Fernando Henrique Cardoso, não apresentaram defesa da supranacionalidade no Mercosul, o qual nos induz a pensar que não há orientação nesse sentido, por parte dos negociadores do governo Brasileiro em relação à criação e vigência de um Tribunal naqueles moldes, para o Mercosul” (MELO LORENTZ *apud* MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. **Op. cit.**, nota a pie n° 15, p. 129). Mesmo assim, a autora Brasileira na mesma página afirma: “[...] é importante salientarmos que grande parte dos estudiosos Brasileiros de direito comunitário expressam-se no sentido de necessidade de uma estrutura supranacional no Mercosul para a solução de controvérsias no seu âmbito. Ademais, semelhante pensamento observamos em algumas personalidades do governo Brasileiro”. Autores Brasileiros que defendem a introdução da supranacionalidade no MERCOSUL são, dentre outros: BASSO, M. A. Estrutura institucional definitiva do Mercosul. **Boletim de Integração Latino-americana**, Brasília: MRE, n. 10, p. 27-31, jul./set. 1993; NOGUEIRA FONTOURA, J. L. Lineamentos para um direito de comunidade económica. **Boletim de Integração Latino-americana**. Brasília: MRE, n. 10, p. 22-26, set. 1993; FARIA WERTER, W. R. A estrutura institucional definitiva do MERCOSUL: uma opinião. **Revista de Informação Legislativa**, a. 30, n. 119, p. 71-78, jul./set. 1993; DO AMARAL JÚNIOR. MERCOSUL: questões políticas e institucionais. **Boletim de Integração Latinoamericana**, n. 13, p. 6-14, abr./jun. 1994; CASELLA, P. B. **Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico**, São Paulo: [s.n.], 1994; SEITENFUS. **Para uma nova política externa Brasileira**, Porto Alegre: [s.n.], 1994; SABBATO, L. R. O tribunal de Luxemburgo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 84, v. 717, p. 56-61, jul. 1995; VALENTE MÍTICO, M. Estrutura Institucional para o MERCOSUL. **Boletim de Integração Latino-americana**, n. 18, p. 85-86, jul. 1995; GRANDINO RODAS, J. G. Avaliação da estrutura institucional definitiva do MERCOSUL. **Direito Comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: [s.n.], 1996, p. 65-75; COSTA MAURA, L. Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. **Direito Comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: [s.n.], 1997, p. 177-187; FABRICIO FURTADO A. A prejudicialidade do direito comunitário nos tribunais supranacionais. **AJURIS**. Porto Alegre, a. XXXIV, n. 69, p. 16, mar. 1997; GRECO, L. Tribunais supranacionais e aplicação do Direito comunitário: Aspectos positivos e negativos. **Direito Comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: [s.n.], 1997, p.188-197; SOARES, G. F. S. As instituições do MERCOSUL e as soluções de litígios no seu âmbito - sugestões de lege ferenda. **MERCOSUL: das negociações à implantação**. São Paulo: [s.n.], 1993, p. 262-319; ALMEIDA. Instrumentos necessários à constituição do MERCOSUL. **Boletim de Integração Latinoamericana**, n. 9, p. 13-19, abr./jun. 1993. Reseña de MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. **Op. cit.**, nota a pie n° 15, p. 129-130.

361. En: CARDOSO. F. H. En: Discurso do Senhor Presidente da República na XXI Reunião do Conselho do Mercado Comum, Montevideu, 21 dez. 2.001. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 20 Jan. 2002. Cita de MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. **Ibid.**, p. 130.

362. Declarações a “O Estado de São Paulo”, edição 08.07.2001, p. B.12. En: SARAIVA STRAUSS, F. A. **Soberania e Integração Latino-americana. Uma perspectiva constitucional do Mercosul**. [S.n.], Rio de Janeiro, 2002, p. XV. Cita de MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. **Ibid.**, p. 132-133.

363. ARSLANIAN, Regis. In: **Programa “Diplomacia” da TV Senado**. 11:30 hs., 12 fev. 2011. Entrevista concedida a Regis Arslanian. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/tv>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

favor de la supranacionalidad se diluiría la posibilidad de conflicto entre el nuevo orden jurídico creado y el dogma de la soberanía.

Se cuestiona: ¿Donde buscar ese acto voluntario? La respuesta debe ser buscada “[...] mirando para dentro de los Estados”.³⁶⁵ Es, pues, en la constitución donde se materializa la voluntad de la soberanía de un Estado que involucra el pueblo como titular de la misma y un poder constituyente para la redacción del texto fundamental. De ahí *decorre* la necesidad de mirar el sistema constitucional para atribuir un sentido específico a su lenguaje en lo que se refiere a los presupuestos y mecanismos que disciplinan las relaciones internacionales de Brasil. Es una tarea obligatoria, sea para instituir un sistema intergubernamental o supranacional, que se fundamenta y tiene su base legitimadora en la propia constitución. En ese sentido, afirma Pizzolo: “La integración política de Estados Constitucionales requiere una base constitucional desde el momento que la propia Constitución de un Estado se ve profundamente alterada al incorporarse a un proceso de integración”.³⁶⁶

Parte de la doctrina Española se refiere a las diversas modalidades que asume el citado acto político y voluntario del Estado como “cláusulas de apertura” porque funcionan como habilitación genérica, y van especializándose en la medida en que se desenvuelve el proceso de integración.³⁶⁷ La doctrina Argentina se refiere a ellas como “formula constitucional habilitante”, cláusula por medio de la cual el Estado se desprende de determinadas competencias, posibilitando la conformación del Derecho Comunitario.

Entrando en el lenguaje específico de la carta

magna Brasileira se puede detectar el posicionamiento explícito adoptado por el Estado Constitucional Brasileiro en relación al proceso de integración regional. El art. 4º, párrafo único, determina:

A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Concuerda con los principios contenidos *no caput* del art. 4º donde se preceptua el horizonte jurídico de las relaciones internacionales del Estado Brasileiro. El inc. IX establece:

La República Federativa do Brasil regese nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Por otro lado, avanzando en la lectura del texto constitucional Brasileiro, por medio de una hermenéutica sistémica³⁶⁹ se puede observar otras normas virtualmente operativas y relevantes que disciplinan la materia internacional e, indirectamente, la integración del Estado Constitucional. En principio, la forma como el tratado internacional se integra al ordenamiento jurídico interno Brasileiro es regulada por trámites y procedimientos especiales definidos en la propia Constitución. En ese sentido:

[...] El Ministro Celso de Mello relató su entendimiento en cuanto a las reglas que deben ser observadas en la incorporación de los tratados al derecho interno: [...] Es, pues,

365. PIZZOLO, Calogero. *Ibid.*, p. 316.

366. Continúa afirmando el referido autor: “[...] se discute la observancia del orden jurídico comunitario, cosa que manifiestamente sería imposible si la validez interna de ese derecho y eventualmente su primacía no tienen apoyo en la Constitución que es su más fuerte vinculación” (PIZZOLO, Calogero. *Ibid.*, p. 318).

367. RUBIO LLORENTE, Francisco. El Constitucionalismo de los Estados integrados de Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n. 48, septiembre/Diciembre, 1996, p. 18.

368. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. ed. atual. Atualizada até a emenda const. N° 53 de 19-12-2006. Editora Saraiva, São Paulo, 2007. Ver no Brasil o Decreto n° 350 de 21.11.1991 que promulgou o Tratado de Assunção que estabeleceu o Mercado Comum entre Brasil, Paraguai, Argentina e Uruguai – Mercosul.

369. Se sugiere consultar: BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed.. Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 01-2002.

en la Constitución de la República, y no en instrumentos normativos de carácter internacional, que reside la definición del *iter* procedimental pertinente a la incorporación para el plano del derecho positivo interno de Brasil, de los tratados, convenciones o acuerdos [...] concluidos por el Estado Brasileiro.³⁷⁰

La Constitución Federal dispone en su art. 84, VIII: "Compete privativamente ao Presidente da República celebrar Tratados, Convenções e Atos Internacionais sujeitos ao referendo do Congresso Nacional". Luego de la celebración, el Presidente de la República, respetando lo previsto en el art. 49, I, remite el tratado para apreciación y aprobación del Congreso Nacional, lo que ocurre mediante Decreto Legislativo. Según lo dispuesto en el art. 59, VI se necesita para aprobación de *quórum* apropiado conforme su contenido (mayoría simple o absoluta de votos) según el art. 47.

Luego retorna a la competencia del Presidente de la República para ratificarlo y promulgarlo mediante Decreto. En este sentido —cuanto al procedimiento de composición de voluntad del Estado Brasileiro— rige el entendimiento del Plenario del Supremo Tribunal Federal (STF) manifiesto en la Carta Rogatoria n° 8.279:

El examen de la Carta Política promulgada en 1988 permite constatar que la ejecución de los tratados internacionales y su incorporación al orden jurídico interno *decorrem*, en el sistema adoptado por Brasil, de un acto subjetivamente complejo, resultante de la conjugación de dos voluntades homogéneas: la del Congreso Nacional, que resuelve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acuerdos o actos internacionales (CF, art. 49, I), y la del Presidente de la República, que, más allá de

poder celebrar esos actos de derecho internacional (CF, art. 84, VIII), también dispone —encuanto jefe de Estado que es— competencia para promulgarlos mediante decreto.³⁷¹

Prosiguiendo en el análisis y comprensión sistemica del texto Constitucional Brasileiro, el art. 5° establece:

§ 2° Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3° Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Este dispositivo determina que los derechos garantizados en los tratados de derechos humanos de los cuales Brasil es signatario integran el conjunto de derechos constitucionalmente consagrados. Flavia Piovesan (2000: 83-89 — Traducción Libre) pondera:

[...] verdadera cláusula de abertura a la complementación del elenco de derechos fundamentales positivados en el texto constitucional, dando espacio a la idea de 'bloque de constitucionalidad'. Tal conclusión sería fundamentada, primeramente, efectuando una interpretación sistemática y teleológica del texto, especialmente en vista de la fuerza expansiva de los valores de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, como parámetros axiológicos a orientar la comprensión del fenómeno constitucional.³⁷²

370. Ver: GIANCARLO, Dos Santos. **A Incorporação dos Tratados Internacionais ao ordenamento jurídico Brasileiro na visão do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=1760>>. Acesso em: 15 nov. 2010. Traducción Libre. Dicho autor se refiere a la ADIN n° 1.480/DF, STF, Rel. Min. Celso Mello, DJU, 15.09.1997.

371. Cfr. *Infra*.

372. PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Max Limonad, Rio de Janeiro 2000, p. 83-89. Traducción Libre.

Por fin, se puede destacar el *caput* del art. 5° que extiende explícitamente a los extranjeros, residentes y en tránsito en Brasil, las garantías individuales fundamentales reguladas en el Título II de la Constitución Federal Brasileira de 1988.³⁷³ Esta lectura sistémica del texto constitucional Brasileiro denota el carácter abierto y receptivo a las interacciones y dinamismo de las Naciones actuales, lo que consiente diseñar una propuesta hermenéutica pasible de enfrentar el problema suscitado arriba.

3. Propuesta hermenéutica y fundamentación a favor del carácter de apertura del texto constitucional brasileiro. Adecuación de la doctrina de la mutación constitucional

La teoría constitucional contemporánea parte de la premisa de que no hay norma jurídica, mas norma jurídica interpretada, conforme expresa Rogério Gesta Leal basándose en el pensamiento de Peter Häberle. Interpretar importa colocar la norma en su tiempo o integrarla a la realidad ideológica y política de lo cotidiano. No se puede considerar la norma constitucional como una “decisión previa, simple y acabada, sino lo contrario, necesariamente se tiene que indagar sobre los participantes orgánicos en su desarrollo e implementación/concretización funcional”.³⁷⁴

Es importante *salientar* en el contexto de un mundo globalizado y de regímenes transnacionales la nueva tendencia de hermenéutica constitucional que emergió a mediados del siglo XX.

Para K. Hesse: “[...] la constitución engloba los caracteres de *abertura* y *amplitud*, de una parte, con la presencia de disposiciones vinculantes de otra”.³⁷⁵ Ordenamiento *abierto* y *dinámico* cuya fuerza normativa se condiciona por políticas constitucionales que posibiliten el acuerdo entre realidad constitucional y derecho constitucional. Aspectos que presentan la virtud de responder adecuadamente a las transformaciones históricas.³⁷⁶

Conforme esta tendencia se concibe en este trabajo que los dispositivos constitucionales para que condicionen o determinen la conducta humana precisan de un proceso de “concretización” que lleve en consideración las singularidades de las relaciones vitales concretas sobre la cual la norma pretende incidir.³⁷⁷ Adecuándolo al objeto del presente trabajo ese proceso de “concretización” exige una elaboración hermenéutica conectada con la evolución histórica del Mercosur y la voluntad política de Brasil para conseguir “adecuación” y “actualización” constante del ordenamiento jurídico constitucional. La “adecuación” de la norma constitucional refleja la posibilidad de realización de los contenidos normativos en relación al desarrollo espiritual, social, político y económico de una sociedad concreta. Se trata de una “[...] disposición individual del presente”³⁷⁸ para realizar los requerimientos normativos. Por otro lado, la “actualización” refleja la voluntad constante de los implicados en el proceso constitucional de realizar la constitución. Como indica

373. Consultar: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. Atualizada até a EC n° 56/07. Atlas, São Paulo, 2008, p. 35. El autor refiere el Informativo STF n° 45, STF – HC n° 74.051-3 – Rel. Min. Marco Aurélio y el Informativo STF n° 458, STF – Pleno – Extr. 1.021-2/República Francesa – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 6-3-2007.

374. LEAL, Rogério Gesta. **Constituição e cidadania no Brasil**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 maio 2010, p. 04-05. Traducción Libre.

375. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Trad. ao Português: Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1992, p. 23. Traducción Libre.

376. Los fundamentos filosófico-políticos sugeridos por el autor Alemán son los siguientes: “Lo persistente no debe convertirse en un obstáculo allí donde el movimiento y el progreso se imponen; de lo contrario el cambio se produce al margen de la norma jurídica. Lo cambiante no debe eliminar la virtud estabilizadora de las disposiciones vinculantes; de lo contrario, queda incumplido el cometido de la Constitución, el orden jurídico fundamental de la Comunidad” (HESSE, Konrad. Op. cit., nota pie n° 40, p. 23. Traducción Libre).

377. Específicamente ver: HESSE, Konrad. *Ibid.*, p. 25-26.

378. HESSE, Konrad. *Ibid.*, p. 26. Traducción Libre.

Hesse se trata de nuestra “[...] disposición para considerar como vinculantes sus contenidos”.³⁷⁹

Concebir el fenómeno normativo como universo circundante a la realidad social histórica y actual de una sociedad determinada es apropiado en la elaboración de la hermenéutica constitucional de los Estados partes de un proceso de integración. Considerar el nuevo contexto socio-político en que se encuentra inmersa la Nación y el poder soberano es válido, así como concebir la posibilidad cada vez más latente de una conciencia de solidaridad cosmopolita en las sociedades civiles sobre esferas públicas/políticas de regímenes geográficamente amplios.

Se propone una hermenéutica que de importancia a las consideraciones históricas, políticas y culturales, como sustenta Guerra Filho:

[todo] método, por lo tanto, no sólo se dirige primordialmente en el sentido de apreciar e implementar valores expresos en principios, como también, él mismo es estructurado por medio de una *valoración* en la cual se explicitan los objetivos que, con su empleo, se pretende alcanzar. Eso revela determinaciones históricas, políticas y culturales que actúan en la adopción y elaboración de un tal método.³⁸⁰

En función de ello hoy no puede separarse cualquier problema jurídico de la órbita del Derecho Internacional. Fuera del horizonte del Derecho Internacional de hecho ningún problema que dice respeto al futuro de la humanidad puede ser resuelto, y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado: no apenas la paz, mas tampoco la igualdad, la tutela a los derechos de libertad y sobrevivencia, la seguridad contra la criminalidad, la defensa del medio ambiente concebido como patrimonio de la humanidad, concepto que también incluye las generaciones futuras. Eso depende no apenas del carácter ya global del tamaño de esos problemas, pues una integración del mundo ya se realizó en todos los planos y en todas las esferas de la vida en relación a los cuales tales problemas se colocan: en la economía, en la producción, en la exploración y en el aprovechamiento de los recursos, en los equilibrios ecológicos, en la gran criminalidad organizada, en el sistema de las comunicaciones.³⁸¹

Considerando la trascendencia de las relaciones internacionales en relación al ordenamiento constitucional, se propone como alternativa hermenéutica —tentativa de respuesta al problema de esta pesquisa— apelar a la doctrina de la *mutación constitucional* para responder a los posibles cambios que puedan acontecer en el

379. Cfr. *Infra*. Este posicionamiento expresado por el fallecido profesor y juez del Tribunal Constitucional Alemán Konrad Hesse – mestre de Peter Häberle y de F. Müller, entre otros- difiere notablemente de la premisa general adoptada por Hans Kelsen en su forma de comprender el fenómeno normativo que tanto incidió en la ciencia jurídica. Para Kelsen, contrariamente a lo expuesto en el texto, la norma tiene una lógica pura, y sólo por el hecho de existir “supone” validez, quiere decir, tiene fuerza objetiva para condicionar la conducta humana. Observemos, sucintamente, algunos trechos de su pensamiento: “Se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo. O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se *pressuponha* que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua. Se um homem que se encontra em estado de necessidade exige de um outro que lhe preste auxílio, o sentido subjetivo da sua pretensão é o que o outro lhe deve prestar auxílio. Porém, uma norma objetivamente válida que vincule ou obrigue o outro só existe, nesta hipótese, se vale a norma geral do amor do próximo, eventualmente estabelecida pelo fundador de uma religião. E esta, por seu turno, apenas vale como objetivamente vinculante quando se *pressupõe* que nos devemos conduzir como o fundador da religião preceituou. Um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (*grundnorm*)” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 9).

380. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 128. Traducción Libre.

381. En este sentido consultar: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional*. Trad. Carlos Coccioli, Márcio Lauria Filho. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 51.

sistema institucional del Mercosur.³⁸² Esta doctrina nació fundamentalmente en Europa para dar respuesta a las relaciones problemáticas entre los Tratados Internacionales de integración comunitaria y los sistemas constitucionales internos, y fue solidificándose en la medida que avanzó la integración Europea. Fue en este sentido que el Tribunal Constitucional Español comenzó por evaluar la problemática viniendo a adoptar un posicionamiento que, sin duda, influiría en la comunidad jurídica y, consecuentemente, en las funciones y delimitaciones del propio Estado.³⁸³

El problema constitucional para el Estado Español emergió en la oportunidad de tener que aprobarse la integración a la Unión Europea.³⁸⁴ El cuestionamiento fue suscitado por el propio gobierno por medio de su Consejo de Estado,

luego de aprobar y ratificar dicho instrumento, por considerar algunas de sus normas como contradictorias con la Constitución Española. Fue elevado para ser apreciado por el Tribunal Constitucional Español (mediante el procedimiento de control constitucional preventivo).³⁸⁵

El Tribunal Constitucional atribuyó un nuevo carácter al texto constitucional Español conforme el Tratado de Integración supranacional. Consideró la vía de incorporación de dicho Tratado al ordenamiento interno —por el cauce del art. 93 de la Constitución Española— como “[...] expresión del *designio de los constituyentes en abrir* el ordenamiento... a las influencias del Derecho Internacional, pues así es posible verificar una transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a la Unión

382. Concibiendo como conjetura la posibilidad en un futuro de instituirse por la vía legal un sistema supranacional en el ámbito del Mercosur.

383. Tomaré sólo como ejemplo el caso de España y el posicionamiento del Tribunal Constitucional Español, presuponiendo que fue concordante con el posicionamiento de los restantes Tribunales Constitucionales Europeos. En España, luego de la muerte del General Franco, comenzó un proceso de democratización iniciado en 1978 con la aprobación de un nuevo texto constitucional. Este, sancionado el 27.12.1978 (actualmente vigente) trató en un Capítulo del Título referido a las “Cortes Generales” la disciplina de los Tratados Internacionales. Expresamente dice: “Capítulo III. De los Tratados Internacionales. Art. 93 – Mediante ley orgánica *se podrá* autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del Cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”. Por su parte, el art. 95 dice: “1.- La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la constitución exigirá la previa revisión Constitucional. 2.- El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”. Concluye el capítulo que regula los tratados internacionales con el art. 96, que dice: “1.- Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogados, modificados o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional” (ESPAÑA. **Constitución Española**. Edición preparada por D. Francisco Javier García Gil. Biblioteca de Legislación. Madrid: Editorial Diles, S.L., 1999).

384. España se incorporó a la Comunidad Europea mediante Ley Orgánica n° 10/1985, del día 2 de Agosto, que autorizó la ratificación del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, suscripto el 12 de Junio anterior, en vigor a partir del 1 de Enero de 1986.

385. Consultar: ESPAÑA. Declaración del Tribunal Constitucional Español de 1 de Julio de 1992 sobre posible contradicción entre la Constitución Española (art. 12) y el Tratado de la Comunidad Económica Europea (art. 8.º B). Texto revisado por el Tratado de la Unión Europea. En: BOE, 24 jul. 1992. También, ver: Revista Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC), n. 135, jul. 1992. ESPAÑA. Textos, BLE 1994-147/148, p. 89-97. El requerimiento fue suscitado en los siguientes términos: “[...] Por escrito registrado en este Tribunal [constitucional] el 13 de mayo de 1992, el abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta... al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Constitución y en el artículo 78.1 LOTC, requiere a este Tribunal para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre el artículo 13.2 de la Constitución y el artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante TCCEE), en la redacción que resultaría del artículo G B, 10, del Tratado de la Unión Europea... hecho en Maastricht sobre los extremos recogidos en el mencionado Acuerdo...”. En otros pronunciamientos, y en igual sentido, consultar: ESPAÑA. Sentencia Tribunal Constitucional Español 28/1991 del 14 de febrero de 1991. En: BOE, n. 64, 15 mar. 1991. Numero de registro del Recurso de Inconstitucionalidad N° 852/1987, p. 287-303. También: ESPAÑA. Declaración Tribunal Constitucional Español 2004-001. DTC 1/2004, de 13/12/2004, p. 1-29. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.es/Ste2004/DTC2004-001.htm>>. Acceso: 18 Enero 2005.

Europa”.³⁸⁶ Esta posición es premisa fundamental de la integración Europea.

Aún no teniendo el texto constitucional Español una referencia explícita a la “jerarquía” y “naturaleza” de los tratados de integración³⁸⁷ —empleando en su lenguaje un verbo conjugado en el futuro del presente simple o imperfecto del modo indicativo (*se podrá*) del mismo modo que el art. 4º, párrafo único, de la Constitución Brasileira de 1988 (*buscará*)— el Tribunal Constitucional desarrolló su entendimiento acorde a los hechos políticos contemporáneos con la integración de España a la Unión Europea y de manera determinante legitimó, por vía hermenéutica, en el ámbito jurisdiccional interno la presencia del derecho comunitario. La Constitución, conforme la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional, es medio y fundamento último de la integración del Estado a entes supranacionales y de la vinculación al derecho comunitario:

[...] el art. 93 se concibió como el medio constitucional de nuestra integración en la Comunidad Europea, fenómeno de integra-

ción que va más allá del puro procedimiento de la misma, y que comporta las consecuencias de la inserción en un ente supranacional distinto, susceptible de crear un Ordenamiento propio dotado de particulares principios rectores de la eficacia y de las exigencias y límites de la aplicabilidad de su normas. Aquella fue una integración largamente anhelada y, sin ninguna duda, constitucionalmente querida y por ello facilitada por el citado art. 93 CE... art. 93 CE, ‘fundamento último’ de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al Derecho Comunitario.³⁸⁸

La situación del nuevo ordenamiento comunitario abarca la obligación de los jueces y tribunales locales de *inaplicar* normas internas contrarias a los dispositivos comunitarios (tanto originarias, como derivadas) y el apoderamiento de la jurisdicción ordinaria de los Estados Europeos realizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,³⁸⁹ llevó al

386. En: ESPAÑA. Declaración Tribunal Constitucional Español 2004-001. DTC 1/2004, de 13/12/2004, p. 1-29. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/DTC2004-001.htm>>. Acceso: 18 Enero 2005. Cita literal: “[...] El Consejo de Estado aprecia, en primer lugar, que se está ante un Tratado de integración supranacional que naturalmente encuentra su cauce de incorporación a nuestro Ordenamiento por la vía del art. 93 CE, precepto que, junto con otros de la Constitución, es expresión del designio de los constituyentes de abrir el Ordenamiento español a las influencias del Derecho internacional, pues a su través es posible verificar una transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a la Unión Europea”.

387. A diferencia, inclusive, de constituciones posteriores influenciadas por la corriente del Derecho Constitucional Comparado y de la doctrina del Derecho Internacional, como por ejemplo -en el ámbito del Mercosur- se dio con la Constitución Argentina de 1994. Esta siguió el molde de la Constitución de Holanda de 1956, la cual establecía en su art. 63 si el orden jurídico internacional lo exige un tratado puede derogar cláusulas constitucionales (ACKERMAN, Mario E.; TOSCA, Diego M. Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo I. Teoría General del derecho del Trabajo. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, [200?], p. 487). En ese sentido, la Constitución de Argentina incorporó una referencia explícita a la jerarquía y naturaleza de los Tratados Internacionales de Integración. El art. 75, que regula las atribuciones del Congreso Nacional, en su Inc. 24 establece: “Corresponde al Congreso:... Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. En Portugués: “Corresponde ao Congresso... Aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supra-estatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em consequência têm hierarquia superior às leis” (Traducción Libre) (ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. 1. ed. Santa Fe-Paraná 1994. Producciones Mawis, Buenos Aires, 2003).

388. En: ESPAÑA. Declaración Tribunal Constitucional Español 2004-001. **DTC 1/2004, de 13/12/2004**, p. 1-29. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/DTC2004-001.htm>>. Acceso en: 18 Enero 2005.

389. En este sentido fue determinante la elaboración jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) para la conformación de una comunidad política supranacional. Desde el célebre asunto *Van Gend en Loos* (1963) emerge clara la idea de comprender el derecho comunitario no como un mero agregado de normas, sino como un ordenamiento jurídico autónomo y diferenciado de los ordenamientos nacionales. Afirmó el TJCE: “[...] la Comunidad constituye un *nuevo ordenamiento jurídico*... en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en campos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros sino también sus nacionales:...” (PIZZOLO, Calogero. **Globalización e Integración**. Ensayo de una Teoría General. Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, SICA. EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 92. El autor refiere a la Sentencia 5 de Febrero de 1963, *Van Gend en Loos* / *Administratie der Belastingen*, asunto 26/62, Recueil de Jurisprudence 1963, p. 3).

Consejo de Estado Español a considerar este fenómeno como una *mutación constitucional*. Así consideró aconsejable no incluir el problema de contradicciones entre normas del tratado de integración y la Constitución en un procedimiento de reforma de esta última.³⁹⁰

La doctrina de la *mutación constitucional* dió respuesta jurídica a esas supuestas contradicciones. En suma, el Tratado de Integración supranacional no afectaría al texto de la constitución como tal, que permanecería inalterado dada la amplitud y abertura de este para resolver el referido problema.³⁹¹ Como afirma Hesse: “[...] la problemática de la revisión constitucional comienza donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional”.³⁹² O sea, se cumple la finalidad constitucional cuando se deja espacio a la mutación constitucional y, por su vez, se colocan obstáculos a la reforma constitucional.

Para Ferrajoli³⁹³ la mayoría de los Tribunales Constitucionales Europeos se pronunciaron en el sentido de que la cesión de competencias Estatales a la Unión Europea y la integración consiguiente al derecho comunitario imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente siempre que sea

compatible con los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho establecido en las Constituciones.

La mutación constitucional contiene límites materiales que derivan implícitamente del sentido esencial de la integración porque traducen el respeto a la soberanía del Estado, a las estructuras constitucionales básicas y al sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la Constitución.³⁹⁴

Por eso, es posible sustentar que la vida nacional y su correspondiente soberanía continúan persistiendo, pero en un nuevo universo delimitado por la integración entre los Estados.

Consideraciones finales

En el ámbito del Mercosur el impedimento destacado por la mayoría de la doctrina para constituirse un sistema institucional supranacional se encuentra en la voluntad política de los Estados partes. Estos decidieron no atribuir operatividad, ni eficacia directa a las normas constitutivas y derivadas de los órganos del proceso de integración hasta que no sean incorporadas por el ordenamiento jurídico interno. Este tipo de

390. ESPAÑA. Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma de la C.E (extracto). [S.n.], Madrid, [19--?]. Cita literal: “Por lo que se refiere al apoderamiento de la jurisdicción ordinaria de los Estados realizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, como ya se vio... ha declarado que los Estados están obligados a velar por el respeto al Derecho Comunitario, un deber que conlleva la obligación de los jueces y tribunales de inaplicar normas con rango de ley en contra de lo señalado por los arts. 117 y 163 de la Constitución, la naturaleza jurisprudencial de esta mutación constitucional hace aconsejable no incluir esta cuestión en la reforma de la constitución”.

391. A diferencia de la “Revisión Constitucional” que según Hesse comprende sólo la reforma del texto y surge cuando la misma amplitud y abertura no es capaz de dar respuesta a los problemas suscitados por una situación determinada (Ver: HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. 2. ed. Trad. ao Portugués: Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1992, p. 23-24).

392. Cfr. *Infra*.

393. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Universidad de Camerino, RIFP / 17, Itália, 2001, p. 43.

394. Consultar: ESPAÑA. Declaración Tribunal Constitucional Español 2004-001. DTC 1/2004, de 13/12/2004, p. 1-29. En: <<http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/DTC2004-001.htm>>. Acceso: 18 Enero 2005. Cita literal: “La operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión Europea y la integración consiguiente del Derecho Comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho Europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho establecido por la Constitución Nacional... Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución”.

395. Bien se destaca: “Es importante resaltar que el Mercosur se trata de una realidad que, más allá de sus falencias, exterioriza la existencia de un ordenamiento jurídico especial, que viene impulsando y diseñando transformaciones sustanciales en el relacionamiento entre los Estados Partes y los ciudadanos del espacio integrado” (PÉREZ OTERMIN, Jorge. **El Mercado Común del Sur**. Desde Asunción a Ouro Preto. Fundación de cultura Universitaria, Montevideo, 1995, p. 91).

recelos, impropios para nuestros días, obstaculiza el desarrollo pleno y efectivo de las manifestaciones económicas, políticas y sociales que naturalmente existen en la región. Esa ineficacia directa de la norma del Mercosur impide que se conformen estructuras regionales típicas y aptas para definir una cultura e idiosincrasia Latina (por lo menos para los países que hoy componen el Mercosur) diluyéndose las manifestaciones naturales —existentes en la vida histórica actual— por no contar con un sistema institucionalizado que las reconozca.³⁹⁵

Aún así, y de acuerdo a las consideraciones políticas que se reseñaron en este trabajo³⁹⁶ (contexto histórico inexcusable) es válido suponer la siguiente premisa: en la medida que haya voluntad real en avanzar hacia la integración regional en el Mercosur deberán incorporarse elementos propios de la supranacionalidad. Es así que todo proceso de integración hacia la supranacionalidad conlleva una serie de problemas e interrogantes que demandan la tentativa de ofrecer una respuesta posible. Entre las posibles cuestiones problemáticas, surge en el caso Brasileiro el problema levantado en esta pesquisa: ¿Mutación o reforma del texto constitucional Brasileiro?

La sustitución del enfoque conflictivo en las relaciones Brasil-Argentina por una actitud de cooperación estimuladora del desarrollo de intereses comunes se muestra como una realidad actual e histórica. Este contexto permite repensar la soberanía nacional a partir de una idea del ejercicio de competencias nacionales en forma compartimentada. No se trata de una pérdida, ni de renunciar al poder de *imperium* sino de redi-

mencionar los intereses nacionales de los Estados partes del Mercosur para ampliar sus fronteras de expectativas y sus márgenes delimitadas por la geografía para potencializar las posibilidades materiales de realización del proyecto existencial individual.

Ante la posibilidad política en un futuro próximo de reformarse el sistema institucional del Mercosur avanzando hacia la supranacionalidad, se considera el ordenamiento constitucional Brasileiro adecuado al contexto de integración regional. Fundamentalmente, a la posibilidad de reafirmar un sistema comunitario efectivo en el ámbito el Mercosur sin necesidad de enfrentar una reforma constitucional. Siempre que se verifique en la vida histórica real de los Estados partes del Mercosur la fuerza normativa, como fue destacado,³⁹⁷ de los acuerdos de integración y de sus normativas derivadas de los órganos constituidos en el ámbito institucional. Ocurrirá cuando efectivamente se realice en las sociedades que integran el Mercosur el universo normativo regulador de las relaciones vitales entre los Estados partes, pudiendo efectivamente condicionar las decisiones humanas y, consecuentemente, transformarse en derecho histórico regulador de la conducta.

La adecuación del sistema constitucional Brasileiro a la hipótesis de la supranacionalidad en el Mercosur (aceptando las consecuencias jurídicas que eso acarrea) es posible por medio de una actitud hermenéutica constitucional que lleve en cuenta las consideraciones políticas, sociales y culturales del proceso de integración, aún no teniendo el texto constitucional

396. Ampliando: Samuel Pinheiros Guimarães (Alta Autoridade do Mercosul) declarou, em entrevista pessoal, que os números do Mercosul, hoje, são somente positivos para a balança comercial Brasileira. Desde 2008, com a crise Norteamericana, houve um incremento de mais do 30% no comércio entre Brasil e os países do Mercosul, beneficiando-se Brasil na exportação de produtos manufaturados com valor agregado no país, a diferença do que acontece com o mercado Chinês (onde exporta matérias primas e importa manufaturados). Também, Fernando Collor de Mello, atual Presidente da Comissão de Relações Exteriores do Senado Brasileiro, em entrevista pessoal, disse que hoje já deveríamos estar falando, realmente, de uma “integração de fato”. Se bem há problemas na questão aduaneira, isso não quer dizer que o Mercosul não tenha rumo. Há necessidade atual de consolidar o Mercosul como bloco econômico, forma adotada pela comunidade internacional. En: GUIMARÃES, Samuel Pinheiros; MELLO, Fernando Collor de. En: **Programa “Diplomacia” da TV Senado**, 11:30 hs., 19 mar. 2011. Entrevista concedida a Samuel Pinheiros Guimarães e a Fernando Collor de Mello. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/tv>>. Acesso em: 19 mar. 2011.

397. Conforme a la doctrina constitucional de mediados del siglo XX, en especial de K. Hesse, y el marco teórico de Habermas.

Brasileño una referencia explícita a la jerarquía y naturaleza de los Tratados de Integración regional. La adecuación, desde el punto de vista hermenéutico, se basa en un fenómeno de *mutación constitucional* atribuido, en principio, al sentido semántico del verbo *buscará*, contenido en el art. 4º, Párrafo Único, de la Constitución Federal Brasileña de 1988. Dicho verbo es imperativo y no una simple esperanza o deseo moral. El tipo de conjugación (futuro del pre-

sente simple o imperfecto del modo indicativo) refleja la voluntad “imperativa” del constituyente.³⁹⁸ Sentido orientado por el principio positivado en el Inc. IX del art. 4. Concuerda, mediante una lectura sistémica de la Constitución Brasileña, con el carácter abierto que denota el art. 5º —caput—, § 2º y § 3º como receptivo a las interacciones y dinamismo de las naciones actuales.

398. Sandra Di Lullo Arias considera que se usa el futuro imperfecto para acciones futuras y para expresar una *vontade imperativa* (ARIAS, Sandra Di Lullo. **Espanhol urgente para Brasileiros**. Método simples e rápido para aprender de vez. 14 reim. Ed. Campus elsevier, Rio de Janeiro, 2000, p. 238). Na gramática Brasileira, Ernani Terra coincide considerando que o futuro do presente exprime um fato posterior ao momento em que se fala, tido como certo (ERNANI TERRA, José de Nicola. **Minigramática**. ed. Reform. Scipione, São Paulo, 2007, p. 213).