

LO DADO Y LO CONSTRUIDO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LA INTEGRACION DEL MERCOSUR *

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

1. Uno de los enfoques más esclarecedores para comprender el origen y el funcionamiento de las normas es siempre el referido a los elementos “*dados*” por la realidad social que permiten sostener lo “*construido*” por los repartos captados en ellas¹. Es significativo reconocer cuáles son los componentes fácticos, a veces cambiantes, que mantienen a una construcción normativa. Uno de los planteos interesantes al respecto, que exceden el originario marco de referencia constitucional para proyectarse a todo el Derecho, es el que atiende a los factores de poder de la “constitución material” en relación con la “constitución formal”, efectuado por Lassalle². En nuestro caso, hemos de referirnos a los despliegues fácticos en los que se han apoyado y se apoyan los *tratados internacionales*, en tiempos de la comunidad internacional clásica y en la actualidad y a los elementos en que se han basado y se basan los *tratados de integración*. Conceptualmente los tratados son fuentes que formalizan la soberanía y la “autonomía” de los Es-

(*). Notas básicas de una clase dictada por el autor en el Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario.

(**). Investigador del CONICET.

1. Acerca de lo dado y lo construido cabe recordar, por ejemplo, GENY, Francisco, “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, 2ª. ed. Reus, Madrid, 1925; “Science et technique en droit privé positif”, París, Sirey.
2. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces. Bs. As., Siglo Veinte, 1957. La propuesta de Lassalle es un lúcido antecedente de las ideas de Géný.

tados y tienen un alto valor de legitimación sobre todo por ésta, pero eso depende de las bases sociales en que se sustentan³.

a) Los tratados en tiempos de la comunidad internacional clásica

2. A medida que se fue desarrollando, el régimen feudal medieval dejó “espacios” para que sus pequeñas economías de autosuficiencia, de carácter rural y militar, fueran a veces sustituidas por economías más desarrolladas, que correspondieron al desarrollo de las ciudades comerciales, con un nuevo sistema económico naciente, el capitalismo, y una nueva clase social, la burguesía. Cuando esta clase, nacida en los burgos, necesitó espacios económicos más amplios, los buscó mediante alianzas con los reyes, que disponían de ellos, y en esa coincidencia las dos fuerzas lucharon contra los señores feudales inferiores, el Emperador y el Papa. Así, en un proceso iniciado a fines de la Edad Media y desplegado en la modernidad en sentido amplio (comprensiva de la Edad Moderna y la Edad Contemporánea), nacieron los *Estados modernos*, convertidos luego en *Estados “nacionales”*⁴.

Los Estados modernos contaron, desde sus primeros tiempos, con ideólogos entre los que se destacaron Maquiavelo, quien teorizó la conquista y el mantenimiento del poder y acuñó la expresión “Estado”; Hobbes, que promovió el monopolio del poder en manos del gobierno, haciendo más viable la superación de los obstáculos que las fuerzas dispersas podían oponer a la circulación económica, y Bodin, que dio al poder monárquico la caracterización de soberano⁵.

Cuando los reinos se consolidaron, la burguesía prosiguió su marcha promoviendo movimientos revolucionarios que, con caracteres liberales y democráticos a menudo conflictivos, correspondieron a la libertad y la ampliación de los mercados. Así se produjeron las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa. En esos marcos se comprenden la defensa de la libertad del propietario que hizo Locke, ideólo-

3. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982 / 4; Aportes filosóficos para la elaboración de normas del Mercosur”, en “Investigación y Docencia”, N° 22, págs. 9 y ss.
4. Es posible v. nuestras “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.
5. Pueden v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991 / 4, esp. ts. II y III-I.

go del segundo episodio revolucionario inglés; Montesquieu un integrante de la pequeña nobleza, que defendió la libertad política contra la intromisión de los gobiernos y Rousseau, un marginal social que, al sostener la democracia, también de alguna manera abrió campo a la decisión de los mercados. En esos marcos se fue desarrollando también una conciencia económica que partió de la presencia del Estado en la economía a través del mercantilismo y fue tratando de excluirla al hilo de la fisiocracia y el liberalismo económico.

3. Con la ruptura del Imperio medieval, quedaron elementos comunes entre los distintos Estados que dieron lugar simultáneamente a la formación de la *comunidad internacional*. Uno de los importantes enfoques para reconocer el grado de presencia o de ausencia de comunidad internacional es el que se refiere a la diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y las relaciones económicas, artísticas, religiosas, etc. que hacen necesaria una compleja regulación jurídica⁶. El origen de la concepción de la internacionalidad tuvo importantes puntos de partida religiosos, al punto que la primera conciencia al respecto provino del marco de los teólogos y juristas españoles, entre los que se encontraban Vitoria y Suárez. Sin embargo, la Edad Moderna no era clima para que se recibieran las ideas de teólogos y juristas hispánicos y la conciencia de la internacionalidad fue atribuida a menudo al sistematizador del Derecho Internacional, el holandés protestante Grocio.

Sobre todo durante la Edad Moderna y el ciclo central de la Edad Contemporánea, aprovechadas en superioridades tecnológicas crecientes hábilmente aprovechadas, las grandes potencias buscaron su engrandecimiento económico a través de colonias que luego, principalmente en el declive de esa última etapa, fueron obteniendo su libertad o fueron dejadas en libertad por resultar demasiado gravosas. El colonialismo fue sustituido por el imperialismo.

En la modernidad, a menudo las relaciones entre los países, sus acercamientos y distanciamientos, se resolvían por cauces *económicos* y *militares*, de cierto modo herederos de la alianza que había dado origen a los Estados modernos. El segundo de los grandes conflictos mundiales significó un enorme descrédito para las vías militares que, si bien al principio no pudo superar la “guerra fría”, al fin pareció, al menos hasta hace poco tiempo, haber llevado al imperio de los *mercados* como manera crecientemente exclusiva de vinculación entre los pueblos. Si bien el poder mili-

6. V. VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, 4ª. ed. con la colaboración de Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 4ª. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.

tar de ciertas potencias es el brazo armado del capitalismo e incluso de supervivencias feudales, los poderes militares de los Estados medios y pequeños van perdiendo su sentido.

4. El mundo de los Estados modernos y de la internacionalidad clásica se apoyó además en los datos constituidos por divisiones biológicas a menudo referidas a la supuesta superioridad de la raza blanca, una creciente creencia en la omnipotencia del hombre sobre la naturaleza, la fe cristiana dividida pero de raíces comunes, el desarrollo de las ciencias naturales y exactas y el despliegue de las perspectivas gnoseológicas de la Filosofía⁷.

España intentó referir la comunidad internacional a bases jusnaturalistas, en tanto el comportamiento anglosajón se inspiraba en un fuerte pragmatismo. La internacionalidad se consolidó con un relativo equilibrio entre las potencias europeas, que se fue ampliando sobre todo con la incorporación de los Estados Unidos de América.

5. Sobre esos *datos se construyeron* normas que emplearon conceptos específicos, entre los que descollaron una nueva visión del “Estado” y el concepto de soberanía.

Una nueva realidad requirió *nuevas fuentes formales*, entre las que cabe citar la Constitución Norteamericana de 1787, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa y el Código Civil francés.

Las relaciones de la comunidad internacional clásica se desarrollaron en gran medida en base a costumbres, pero también se desplegaron los *tratados internacionales*, que se apoyaron en las referidas bases económicas, artísticas, religiosas, etc. promotoras de nueva comunidad. Tratados había desde tiempo remoto, mas entonces tuvieron apoyo específico en los elementos de la comunidad internacional. Uno de los tratados más significativos fue el que en alguna medida puso fin a las “guerras de religión”, en 1648 (Paz de Westfalia), dejando así también más espacio a la vida económica. Entre los más importantes tratados de la comunidad internacional clásica se encontraban los de reparto de *esferas económicas* entre los Estados. Los conflictos a este respecto fueron, en mucho, determinantes de la Primera Guerra Mundial.

Los avances en el desarrollo de la internacionalidad clásica llegaron al establecimiento de organismos internacionales de magnitud, como la Sociedad de las Na-

7. Puede v. en relación con el tema por ej. MARTINIÈRE, Guy - VARELA, Consuelo (dir.), “L'état du monde en 1492”, París, Editions La Découverte, 1992.

ciones y la Organización de las Naciones Unidas, e incluso a “tratados a la segunda potencia”, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

b) Los tratados en tiempos de la postmodernidad

6. Terminada la Segunda Guerra Mundial, desde la década de los años cincuenta y en concordancia con el descrédito de las vías bélicas y procurando en mucho mantener cierto protagonismo de Europa Occidental, comenzaron a organizarse las *Comunidades Europeas*. La primera medida fue poner en comunidad los elementos que tanto habían contribuido a los conflictos anteriores, el carbón y el acero, iniciándose así los procesos de *integración*.

La integración es básicamente un fenómeno *económico* y ha sido la economía, nutrida recíprocamente con elementos de la cultura común, el cimiento sobre el que ha podido construirse el edificio de la actual Unión Europea, con despliegues incluso *supranacionales*. En relación con las realizaciones que se iban produciendo en el Viejo Mundo se fue promoviendo también la integración *latinoamericana*, que cuenta hoy con un proceso especialmente promisorio en el Mercosur. Aunque con bases distintas, de menos protagonismo institucional que en la Unión Europea e incluso en el Mercosur, cabe señalar la integración promovida desde la cultura angloamericana.

Por su basamento último económico y particularmente referido a los mercados, los procesos de integración se inscriben a menudo, aunque en diversos grados, en las tensiones entre los mercados y la democracia, tan notorias en nuestros días.

7. A medida que hemos avanzado y nos acercamos a las últimas décadas de la última postguerra, incluso al fin de la “guerra fría”, se ha desenvuelto la “*postmodernidad*”, en la cual, en consonancia con el despliegue mundial del capitalismo que de cierto modo borra las fronteras espaciales y materiales, sucede un gran fenómeno de *globalización y marginalidad*⁸. La postmodernidad se caracteriza por

8. Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Postmodernidad y Derecho”, Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, “El fin de la mo-

múltiples diversidades de superficie pero un abrumador monopolio profundo de lo económico y en ese contexto las estructuras estatales tradicionales resultan a menudo superadas.

Ante la tecnología mundializada actual (de los medios de comunicación, la informática, etc.) y con la planetarización sorprendente del capitalismo financiero los límites estatales resultan muy pequeños. Los Estados se suelen ver forzados a privatizar sus actividades, pero parece ir formándose, en correlación con la economía globalizada, una *pre-estatalidad mundial* que en la etapa presente se encuentra en cierto estado “hobbesiano” (de constitución del monopolio gubernamental del poder).

Los desbordes de la estructura de las Naciones Unidas, más vinculada a un estado de equilibrio de poder de la comunidad internacional que ya casi no existe, por ejemplo por las medidas adoptadas respecto de Serbia por la Organización del Tratado del Atlántico Norte encabezada por el impulso del gran Estado del capitalismo, son una muestra de esta búsqueda del monopolio del poder mundial. El hecho de que la pre-estatalidad planetaria se encuentre en una etapa hobbesiana condice con las deficiencias de liberalismo y de democracia que se advierten en ella. En alguna medida,

dermidad”, trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, “Critique de la modernité”, Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, “Contra el Postmodernismo”, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, “Postmodern Theory - Critical Interrogations”. Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., “Technology Time and the Conversations of Modernity”, Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, “Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History”, Cambridge, University Press, 1994; AUDI, Robert (ed.), “The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, “Postmodern”, págs. 634/5. Asimismo es posible c. v. gr. HABEL, Marc, “Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, “El hombre light”, 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, “La era del vacío”, trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendants, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., “Mínima moralía - Reflexiones desde la vida dañada”, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea - Taurus - Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968.

Respecto de la globalización/marginalidad pueden v. por ej. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., N° 27, págs. 9 y ss.; “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, págs. 43 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 25 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. ORSI, Vittorio, “Las Claves de Davos 97”, Bs. As., ABRA, 1997; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, “La aldea global”, Txalaparta, Tafalla, 1997.

cuando los norteamericanos votan a su gobierno, eligen ellos solos el “gobierno mundial” que encabeza el enjuiciamiento y la defensa de los derechos humanos según sus criterios y ampara los intereses de las grandes fuerzas del sistema económico.

La biotecnología aplicada a los seres humanos parece llamada a posibilitar grandes avances pero también la imposición radical de las necesidades de la economía a través de la programación de nuestra existencia biológica. En el nuevo mundo de la postmodernidad la creencia en la omnipotencia del hombre se combina con la conciencia de la problemática ecológica planetaria; avanzan el discurso del relativismo, la paganización y el debilitamiento de los planteos filosóficos.

8. En cuanto al panorama de los datos latinoamericanos y mercosureños, cabe agregar dificultades provenientes del débil desarrollo capitalista que existe en muchas regiones, carencia que facilita la intervención de fuerzas extrañas y promueve conflictos a veces inexplicables. La cultura latinoamericana está en gran medida dividida en sectores más “ibéricos tradicionales”, comunitarios, paternalistas y católicos tradicionales y otros más “anglofranceses”, individualistas, abstencionistas y con influencias a veces ocultas del calvinismo⁹. Los Estados latinoamericanos suelen no evidenciar los rasgos de los Estados modernos-nacionales europeos. Sin embargo hay una conciencia histórica común de unidad hispánica e incluso ibérica.

Al considerar las bases sociales del Mercosur puede apreciarse que quizás las tensiones más significativas sean el relativamente limitado y muy desigual desarrollo económico, y sobre todo, la “asimetría” en dimensiones y voluntad integradora entre los países que lo componen. Brasil es un país muy grande en relación con sus compañeros de proceso y posee un sentido de “imperio feudal-republicano” que le da un interés no fundamental en el Mercosur. Aunque entre Francia y Alemania había una vieja tensión que aquí es al menos mucho menor, los dos países e Italia guardaban un equilibrio que en nuestra región no existe. La integración mercosureña debe tener en cuenta que se produce en una realidad a veces claudicante. Los sucesos que fueron produciéndose desde comienzos de 1999 son una muestra de ello.

El ámbito mercosureño cuenta con una notoria continuidad geográfica consolidada por los ríos de la Cuenca del Plata. La problemática ecológica tiene rasgos importantes en especial por la Amazonia, considerada un “pulmón” del mundo. La región posee, a su favor, una importante experiencia multirracial.

9. ‘Pueden v. nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

9. En este tiempo en que la internacionalidad se intensifica y es superada por fenómenos de globalización e integración, lo construido y el papel de los tratados internacionales varía notoriamente. Los tratados se han *multiplicado* en número, han avanzado de modo sorprendente en sus *contenidos* y se han elevado muchas veces en su *jerarquía*.

El 18 de abril de 1951 se celebró en París el tratado que dio nacimiento a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), pilar básico de la integración de la región; el 25 de marzo de 1957 se firmaron en Roma los tratados que fundaron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA). Otros tratados y varios protocolos complementarían la red de las comunidades, llegándose en 1992 al Tratado de la Unión Europea, de Maastricht¹⁰.

También se fueron elaborando, a veces con bases poco sólidas, tratados de integración en nuestra región. En un lugar claramente precursor se encuentra el Tratado de Montevideo de 1960 constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Como se apoyaba en una realidad social muy diversificada, surgieron luego tratados "subregionales", como el Tratado General de Integración Económica Centroamericana constitutivo del Mercado Común Centroamericano (Managua, 1960), el Acuerdo de la Asociación de Libre Comercio que devendría en la Comunidad del Caribe (CARICOM) y el Acuerdo de Cartagena del que nació el Pacto Andino. En 1980, también en Montevideo, se constuiría la Asociación Latinoamericana de Integración¹¹.

Todos esos tratados del ámbito latinoamericano, como hemos señalado con bases reales distintas y no siempre sólidas, parecen superados por el proceso iniciado con la declaración de profundización de las relaciones argentino-brasileñas de Foz de Iguazú de 1985, que concluyó con el *Tratado de Asunción* del 26 de marzo de 1991, creador del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) en relación con el cual se han firmado, a su vez, numerosos protocolos y fuentes derivadas.

Por su parte, la dinámica estadounidense en la integración se ha manifestado en el Proyecto "4+1", en el Tratado de Libre Comercio ó Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (ALCAN ó NAFTA) y en el proceso de constitución del Area de Libre Comercio para las Américas (ALCA).

10. C. v. gr. MOÑINA DEL POZO, Carlos Francisco, "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", 3ª. ed., Madrid, Trivium, 1997, págs. 17 y ss.

11. Es posible v. por ej. RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto, "Mercosur, Integración y Desarrollo", Bs. As., Intercontinental - Ciudad Argentina, 1998; MIDON, Mario A. R., "Derecho de la Integración", Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1998.

10. Los tratados son a menudo “*fuentes vivas*”, en permanente modificación existencial, generadoras no sólo de organismos sino de espacios para otras fuentes, como sucede de modo muy notorio en el derecho derivado que se desenvuelve en los fenómenos de integración.

Entre las expresiones más representativas de los cambios en el contenido se encuentran no sólo la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, que muestra a los tratados superando el Derecho Internacional Privado “conflictualista” y penetrando directamente en el Derecho Privado, sino los Acuerdos de Marrakech constitutivos de la Organización Mundial del Comercio. Sin desconocer importantes excepciones, hay una tendencia a jerarquizar a los tratados, sobre todo si son de integración, al menos sobre las leyes.

Los tratados forman, de alguna manera, el tejido con el que se va “constituyendo” la relativa estatalidad formal del pre-Estado mundial. Como suelen ser elaborados por las élites globalizadas, a menudo resulta limitada la representatividad que puede invocarse respecto de los sectores marginales. A su vez, reflejando el sentido de economización de la vida internacional que sirve de soporte a todas las fuentes respectivas, el protagonismo de la costumbre en sentido genérico va siendo superado por los *usos de los comerciantes*.

11. En parte como reflejo de las diversidades sociales, la jerarquía de los tratados internacionales y de los tratados de integración en los ordenamientos de los países mercosureños es diferente. La Argentina, país de gran tradición cosmopolita, que dictó su Constitución de mediados del siglo XIX para todos los hombres del mundo que quisieran habitar su suelo, tiene al respecto una gran actitud de apertura. Siguiendo la jurisprudencia de los casos “Ekmekdjian c. Sofovich”, “Fibraca” y “Cafés La Virginia” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la reforma constitucional de 1994 ha jerarquizado a los tratados internacionales sobre las leyes, a veces dándoles nivel constitucional, y ha dado a los tratados de integración la posibilidad de delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales (art. 75). Reflejando las bases comunes diversas, el texto constitucional da un trámite más fácil para los tratados de integración con Estados de Latinoamérica. Aunque existen tensiones internas al respecto, el país mercosureño donde la jerarquía de los tratados suele tener menor reconocimiento es precisamente en el Brasil. Allí las invocaciones de la soberanía y la independencia son fundamentales (v. art. 1 - I, conc. 4 - I; también no obstante art. 4, Parágrafo único).