

**Milton H. Cairoli Martínez (Uruguay) \***

## **Derecho Constitucional y procesos de integración (con especial referencia al Mercosur)**

### **I. Introducción**

1. La integración entre los Estados necesita de un proceso de interrelacionamiento e interdependencia múltiple, que torna imprescindible no olvidar diferentes aspectos de la realidad constitucional de cada uno de los países que se unen a través de esa nueva forma de cooperación.

Los presupuestos para que la integración entre Estados tenga éxito tienen su fundamento en el convencimiento de cada uno de ellos en que el proceso será de interés y beneficio para todos, de modo tal que no sólo cumpla con un interés nacional sino con otro comunitario.

2. Además del imprescindible interés preponderantemente económico que preside en cada uno de los sistemas de integración comunitaria, es preciso destacar que en todo proceso de ese tipo debe estar presente el Derecho. Esto es porque estos procesos se construyen a través de acuerdos interestatales y los tratados que se suscriben son creadores de relaciones jurídicas, muchas de las cuales deberán ser resueltas en interés del derecho supranacional y de los derechos nacionales de los países involucrados en la integración.

En una palabra, son comunidades creadas por el Derecho y a su vez generadoras de Derecho, son comunidades unidas por el Derecho, una unión preservada y realizada mediante el Derecho.<sup>1</sup>

---

\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Montevideo, Uruguay.

<sup>1</sup> Oscar Sarlo, “Hacia un espacio jurídico común en Mercosur”, en *Seminario internacional Derecho Comunitario*, Montevideo, 26 y 27 de julio de 1997, programa FAS, p. 1.

3. Y evidentemente, cuando se habla de Derecho no es posible prescindir de la más alta jerarquía en la escala normativa que rige en cada Estado, esto es, el Derecho Constitucional.

En todo proceso de integración, como norma primordial es preciso que se respeten los derechos fundamentales de cada uno de los países que formen aquél y se consagren garantías sociales, económicas y jurídicas en el marco de la Constitución.

La única forma de legislar adecuadamente para una comunidad integrada es respetando los principios generales de Derecho tales como la buena fe, la igualdad ante la ley, la no discriminación, el derecho al debido proceso legal, la seguridad jurídica, la no retroactividad de la ley penal, la libertad o concentración legislativa, entre otros.

4. Pero todo proceso de integración supone la transferencia de algunas atribuciones propias de los órganos internos de los Estados miembros de la comunidad, a los órganos de la propia comunidad.

Algunas Constituciones de países de la Europa Occidental tienen cláusulas que autorizan ese tipo de transferencias de atribuciones; por ejemplo, el artículo 24 de la de Alemania de 1949, donde se dice que la federación podrá transferir, por ley, derechos de soberanía a instituciones internacionales; también la Constitución francesa en su artículo 55 dice que los tratados debidamente ratificados tendrán una autoridad superior a las leyes. Disposiciones similares contienen las Constituciones de España, Italia, Dinamarca, Suecia, Luxemburgo, Holanda, Bélgica, y Grecia.<sup>2</sup>

De todos modos, siempre hay situaciones en las que el juez nacional actuando como juez comunitario debe aplicar una norma comunitaria que es contraria a la Constitución de su país. Esto ha ocurrido en la Unión Europea, al punto que el Consejo Constitucional francés, por ejemplo, resolvió en 1992 que la autorización para ratificar el Tratado de Maastricht debía ser precedida de una revisión de la Constitución francesa, porque algunas de las cláusulas de este acuerdo eran inconstitucionales.<sup>3</sup>

5. El tema de las transferencias de atribuciones derivadas de las soberanías de los distintos Estados miembros afecta sin duda el concepto clásico de la soberanía. El concepto tradicional identifica a la soberanía con el *imperium*, la *supremitas*, la *potestas* romana, o sea, la propiedad del poder o el poder sobre el poder.

Recién a fines del siglo XVIII se tuvo en cuenta al pueblo como fuente de legitimidad y apenas a fines del XIX se darían las estructuras formales internas como la democracia representativa generalizada, la protección de los derechos humanos y además las estructuras internacionales, como la autodeterminación de los pueblos, en todos los casos adecuadas para hacer posible que el hombre, como ser humano posee-

---

<sup>2</sup> Mariano Daranas Peláez, *Las Constituciones europeas*, Madrid, t. I, pp. 197, 760 y 897, t. II, p. 1219.

<sup>3</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, "El juez frente al derecho comunitario", *El Derecho*, 18 de agosto de 1992, p. 3.

dor de derechos individuales, obre con eficacia en el ámbito político y sea el soporte de legitimidad de los sistemas.<sup>4</sup>

La importancia de que el hombre tenga la posibilidad de decidir si vivirá en su propia sociedad o en una comunidad de naciones hace posible que esa voluntad trascienda a los Estados para que tomen esa misma decisión.

6. La noción clásica de soberanía es incompatible con la de un orden jurídico internacional y, por eso mismo, inconciliable con cualquier atisbo de integración, por lo que debe recurrirse a modernas nociones de soberanía.

No quiere decir que el Estado se subordine a un poder ajeno, sino que se integre a un sistema jurídico coordinado entre todos los Estados que pertenecen a una Comunidad.<sup>5</sup>

En el nuevo concepto de soberanía comunitaria se da entrada a la interdependencia entre Estados, lo que apareja una suerte de cesión o delegación a los organismos comunitarios de una parte del poder absoluto de cada uno. Parecería bastante lógico considerarla desde un punto de vista funcional como la suma de las competencias y derechos de cada Estado, de los que cada uno de ellos no debe abdicar en sus relaciones con los demás. De esas relaciones nace justamente el nuevo Derecho Comunitario, frente al cual la soberanía propia de cada Estado, innegable, insustituible, debe ser absoluta, ilimitada e indivisible.

7. Los órganos comunitarios carecen de fuerza jurídica creadora, porque únicamente la tienen en forma derivada del Derecho de Integración. Es una especie de poder secundario que reciben a través de las normas del tratado, instituidas por el acuerdo y cuyos límites no pueden sobrepasar.

La Comunidad en realidad no es soberana, porque depende de la voluntad de los países miembros que la forman, lo que explica que, pese a su adhesión a las Comunidades de integración, los Estados miembros retengan en sus manos lo esencial de su poder soberano.<sup>6</sup>

8. No todas las Constituciones latinoamericanas —me refiero en especial a las de los países que integran el Mercosur— tienen disposiciones que autorizan la transferencia de atribuciones a la Comunidad.

La Constitución brasileña de 1988, en su artículo 4, dice que la República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, aprobando la formación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones.

---

<sup>4</sup> Milton Cairoli, *La cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición*, FCU, Montevideo, 2000, p. 14, con cita de Arbuet Vignali.

<sup>5</sup> Heber Arbuet Vignali, “La soberanía hacia el siglo XXI. Desaparición, divisibilidad o nuevos odres para viejos vinos”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 2ª época, n° 15.

<sup>6</sup> Moreno Loayza, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, como medio jurídico de solución de controversias*, Tribunal de Justicia de Cartagena, Publicaciones, Estudio n° 4, Quito, 1987, pp. 48 y ss.

La Constitución argentina de 1994 tiene varias disposiciones que se refieren al tema, aunque en forma indirecta. Veamos: el artículo 27 establecía que el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en la Constitución. Esta norma ofrecía serias dificultades para concretar tratados que implicaran transferencia de atribuciones a una instancia supranacional, a pesar de que Argentina suscribió convenios que son contradictorios con este principio, como por ejemplo, el Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y el Convenio del Fondo Monetario Internacional, entre otros.

Pero estos problemas se solucionaron con la reforma constitucional de 1994 llevada a cabo en la Constituyente de Santa Fe, donde se incorporó el inciso 24 al artículo 75 de la Carta, en el que se autoriza al Congreso a aprobar tratados de integración que deleguen competencias a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Este texto, además, ha otorgado a las normas comunitarias una jerarquía superior a una ley ordinaria, aunque no superior la Constitución.<sup>7</sup>

9. La Constitución uruguaya, en su artículo 6, dice que la República procurará la integración social y económica con los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas.

Esta norma no es más que una referencia muy oblicua al tema que se está tratando, puesto que en realidad no expresa ninguna autorización para transferir parte de su soberanía a la Comunidad mercosuriana.

10. Estas dificultades de interpretación para el buen cumplimiento de los acuerdos comunitarios tiene un punto que debe considerarse: el de la jerarquía normativa que existe entre la Constitución y cualquier tratado comunitario. Es el tema que abordaré en el parágrafo siguiente.

## **II. La Constitución y los tratados comunitarios, una cuestión de jerarquía**

11. No se trata de un mero problema teórico o académico; por el contrario, durante mucho tiempo ha suscitado, y sigue haciéndolo, dificultades de orden práctico que trascienden el ámbito de los gabinetes de estudio.

12. Los problemas más importantes a tratar en esta cuestión son el de la validez jurídica de las obligaciones creadas por los tratados frente al Derecho Interno y el de establecer qué solución debe adoptarse cuando una ley es inconciliable con un tratado.

Hagamos algunas precisiones preliminares.

---

<sup>7</sup> Miguel Á. Ekmekdjian, *Introducción al Derecho Comunitario latinoamericano*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 320 y 321.

13. En primer término, el tratado es toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos, es decir, a crear, modificar o suprimir una relación de derecho.

14. Las condiciones de validez de los tratados se rigen por las normas constitucionales basadas en principios generales de Derecho y en reglas de Derecho Privado aplicables a la materia contractual.

La capacidad para celebrar tratados se considera inherente a la calidad de Estado y debe tener un objeto lícito y posible; así, sería nulo un tratado de cesión de territorios ajenos o aquel cuyo fin fuera emprender la guerra contra terceros Estados.

El tratado en realidad no surge de la ley sino de las propias normas de la Constitución, que reconoce el derecho del Estado a vincularse por tratados o acuerdos con los países extranjeros.

15. En doctrina se han planteado tres posiciones respecto a la jerarquía que debe tener el tratado frente a la ley interna.

a. Una de ellas entiende que el tratado tiene jerarquía constitucional o incluso supraconstitucional.

Yo creo que se trata de un caso puramente teórico; no existen Constituciones que adopten este criterio, salvo parcialmente, como sucede con la de Holanda y en cierto modo la argentina, cuyo artículo 75 otorga jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

b. Otra posición entiende que el tratado tiene jerarquía superior a la ley ordinaria, pero inferior a la Constitución.

Varias Constituciones adoptaron esta solución; así, la francesa de 1958 expresaba que los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tienen desde su publicación una autoridad superior a las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

La Constitución de Holanda excluye la aplicación de normas jurídicas vigentes en el Reino cuando éstas sean incompatibles con las disposiciones de un tratado o con las resoluciones de las instituciones que obliguen a los particulares.

c. Una tercera posición entiende que la jerarquía del tratado es igual a la de la ley. Esta es la solución adoptada por la República Oriental del Uruguay.

Si esto lo dice la Constitución, no hay problema, pero sucede que no siempre las Cartas constitucionales dilucidan este punto tan concretamente.

16. ¿Qué sucede, por ejemplo, si se dicta una ley contraria al tratado?

Hay dos posiciones al respecto:

a. Una entiende que la ley es legítima, arreglada a la Constitución, pues un tratado no puede limitar las facultades constitucionales del Parlamento. Claro que esto es lo que debe demostrarse fehacientemente; al no hacerlo se incurre en una petición de principios. Sin perjuicio de ello, en todo caso, la sanción de esa ley es un acto violatorio del Derecho Internacional, que genera responsabilidad del Estado.

b. La otra posición entiende que dicho acto legislativo es contrario a la Constitución y por ello también es ilegítimo desde el punto de vista del Derecho Interno.

En efecto, la Constitución no puede haber previsto y autorizado que se dictaran leyes contrarias a los tratados, porque por otro lado ha dicho que éstos son normas que obligan al gobierno y que se rigen por el Derecho Internacional.

17. En consecuencia, la ley que contradice un tratado es ilegítima, pero no por ser contraria al tratado, sino por estar en contradicción con la Constitución, desde que ésta respalda la obligatoriedad de todo tratado en vigor y regularmente celebrado por el país.

18. Un tratado se puede oponer a la Constitución nacional si es anterior a ella y también si se acuerda posteriormente a la vigencia de la Lex Fundamentalis.

a. El primer caso —tratado anterior a la Constitución y que después resulta opuesto a ella— se resuelve de la siguiente forma: si la cuestión se plantea ante los jueces nacionales, éstos le darán primacía a la Carta; si se plantea ante jueces internacionales, éstos le darán primacía al tratado, porque, en caso contrario, a los Estados les resultaría muy fácil desligarse de sus tratados, modificando sus Constituciones en ese punto.

b. Cuando la oposición se genera entre la Constitución vigente y un tratado posterior a ella, si el caso se plantea ante jueces nacionales, éstos darán preeminencia a la Carta, porque entre las formas de modificarla no está la de firmar tratados, lo que ocurre con las Constituciones más o menos rígidas, como la de Uruguay. Si la cuestión se plantea ante jueces internacionales, éstos deberán determinar que el tratado es inconstitucional, puesto que se actuó *ultra vires* y el acto no puede obligar al Estado.

Pero lo más importante en este aspecto es que los tratados comunitarios contienen la mayor parte del Derecho Constitucional de la Comunidad, son obligatorios tanto para los Estados miembros como para la Comunidad. Se podría hablar casi de una *constitución* de la Comunidad, implícitamente contenida en los tratados concluidos entre los Estados, que constituyen un Derecho autónomo que es el comunitario.

### III. Principios constitucionales como fuente de integración del Derecho Comunitario

19. Para suprimir las lagunas del Derecho Comunitario y, en especial, para controlar la validez de los actos de las instituciones o la compatibilidad que tengan los actos de los Estados miembros con el Derecho Comunitario, lo más aconsejable es recurrir a los principios generales del Derecho, que por lo demás están contenidos en las Constituciones de todos los Estados modernos.

Ésa ha sido la práctica preponderante en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que apoyándose en un examen de Derecho Comparado escoge los princi-

pios que mejor se acomodan a la naturaleza y fines de la Comunidad y a su noción de justicia.<sup>8</sup>

20. Veamos entonces algunos de estos principios fundamentales de Derecho con rango constitucional que, a mi juicio, deben tenerse como base de toda relación comunitaria, aunque sólo sea por el hecho de que ésta implica un acuerdo contractual entre partes-Estados.

### 1. *Principio de seguridad jurídica*

21. Este principio exige que las normas de Derecho Interno que estén destinadas a la ejecución del Derecho Comunitario estén redactadas inequívocamente, para hacer fácil a los interesados el conocimiento de sus derechos y obligaciones de modo claro, concreto y preciso, y que los órganos jurisdiccionales aseguren el respeto de aquéllas.

22. En el ordenamiento constitucional uruguayo este principio surge claramente de lo establecido por el artículo 72 de la Carta Magna, donde aparece implícitamente contenido entre aquellos derechos que son inherentes a la persona o derivados de la forma republicana de gobierno.

23. La Suprema Corte de Justicia del Uruguay ha reconocido el principio de seguridad jurídica en diversos fallos, en los que ha establecido, en lo sustancial, que la esencial garantía de la seguridad jurídica es que los ciudadanos sepan, en la medida de lo posible, qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones de las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución.<sup>9</sup>

24. Entiendo que la seguridad jurídica es un denominador común de todos los demás principios constitucionales, pero que además tiene personalidad propia y determinada, pues asegura una expectativa razonablemente fundada para cada ciudadano respecto a cuál será la actuación del poder aplicando el derecho vigente y conocido.<sup>10</sup>

### 2. *Principio de buena fe*

25. El concepto de *buena fe* es uno de los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, porque dejan a la potestad discrecional una elección esencial en el obrar, susceptible de ser completada, determinada o colmada por el juez, a quien la ley confía esa labor.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Jose Carlos Moitinho de Almeida, "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 118.

<sup>9</sup> Sentencia n° 70/97, entre otras.

<sup>10</sup> Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. 1, 2ª ed., Madrid, 1996, p. 257.

<sup>11</sup> Suprema Corte de Justicia, sentencias n°s 24 y 124/91, 781/92, 158/01, entre otras.



26. En el ámbito comunitario, la conducta ilegal de una institución perteneciente a un Estado miembro no puede justificar la confianza en el mantenimiento de una situación que es a todas luces incompatible con el Derecho Comunitario. Por ello entiendo como imprescindible la vigencia de este principio de buena fe o de confianza mutua en todas las relaciones entre Estados, así como que ello debe ocurrir para el buen funcionamiento de las tratativas entre particulares, sea desde el punto de vista del Derecho Contractual, sea del punto de vista del Derecho Procesal.

### 3. *Principio de igualdad ante la ley*

27. Este principio consiste en otorgar idéntico tratamiento a todos los ciudadanos de la comunidad que hayan cometido hechos lesivos del Derecho Comunitario.

Esta es una norma muy lógica, que no permite una interpretación distinta de la enunciada, pero no en todas las ramas del Derecho se asiste a una solución tan desprovista de dificultades. Por ejemplo, en Derecho Penal la situación es muy difícil de resolver. En efecto, si se trata de un delito penal el tratamiento punitivo debe ser idéntico en las legislaciones de todos los miembros comunitarios, pues lo contrario posibilitaría que el infractor eligiera el Estado donde cometerá el delito. Pero sucede que en esta materia las comunidades tienen sistemas muy restringidos, porque ninguno de los países comunitarios se ha mostrado capaz de ceder expresamente su derecho de punición.

28. Si tomamos, por ejemplo, la Comunidad que tiene más larga data, la Europea, hoy Unión Europea, advertimos que ninguno de los países signatarios del Tratado de Roma y complementarios ha cedido expresamente su derecho a penar, y ello en el entendido de que al hacerlo estarían violando la soberanía interna, propia de cada país miembro de la Unión.<sup>12</sup>

29. En el ámbito del Mercosur, el Tratado de Asunción, en su artículo 1º, dice que entre los cuatro países hay un compromiso de armonizar sus legislaciones. Pero ocurre que esta armonización debe ser cumplida primero a nivel interno, porque llegar a un Derecho Penal regional es muy difícil. Por esa razón es que se hace cierta la afirmación de que, por lo menos como punto básico, es preciso respetar los principios generales del Derecho y en especial tener un elenco muy fuerte de derechos fundamentales.

30. Entiendo que la Suprema Corte de Justicia uruguaya ha establecido claramente cuál es el alcance del principio de igualdad, recordando las palabras de Recasens Siches:

Los hombres deben ser tratados igualmente por el derecho respecto de aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en la dignidad personal y en los corolarios

---

<sup>12</sup> Thorsten Stein, conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, abril de 1999, acerca de la competencia del Tribunal de la Unión Europea o Corte de Luxemburgo.



de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración.<sup>13</sup>

De ahí, como lo recuerda el ilustrado constitucionalista nacional Justino Jiménez de Aréchaga,<sup>14</sup> que la jurisprudencia norteamericana haya sustentado:

[...] que ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de la igualdad de derechos garantizados por la Declaración de Derechos, pero que el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clases de personas, a condición de que [...] todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y que la determinación de la clase sea razonable, no injusta, o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción.<sup>15</sup>

31. Por supuesto que todas estas conclusiones acerca del principio de igualdad son válidas para las relaciones entre los distintos miembros de la Comunidad, no sólo en lo que tiene que ver con los Estados sino también entre los individuos que los integran como componentes del concepto de Nación.

#### **4. Principio de legalidad o de libertad**

32. Cualquier tipificación, se trate de la penal o de otra proveniente de distintas ramas del ordenamiento jurídico, debe estar basada en un texto claro y no ambiguo.

33. El ordenamiento constitucional no puede ser una excepción a este principio, por lo que en todas las Cartas Fundamentales existe una disposición que concreta el derecho a que ningún habitante del Estado sea obligado a hacer lo que no ordena la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.<sup>16</sup>

34. Ese principio de legalidad debe ser respetado en todo tratado comunitario; las normas de éstos deben estar de acuerdo con las del Derecho Interno de cada uno de los países miembros.

35. En algunos acuerdos comunitarios la jurisprudencia ha señalado el camino de la interpretación de las normas contenidas en el Derecho de la Comunidad, como sucede en la Unión Europea, cuyo Tribunal de Luxemburgo o Corte de la Comunidad Europea ha definido la normativa de la Comunidad “a golpes de jurisprudencia”, según afirmó uno de sus primeros magistrados, Pierre Pescatore.

36. Pero, aun en el caso de creaciones jurisprudenciales de los tribunales comunitarios, debe precisarse que no son en definitiva más que una aplicación del principio de legalidad, puesto que los fallos deberán tener como base natural la ley, aunque la interpretación de los jueces pueda superar extensivamente el criterio formal exigido

---

<sup>13</sup> *Filosofía del Derecho*, p. 590.

<sup>14</sup> *La Constitución nacional*, t. I, p. 367.

<sup>15</sup> Sentencias n<sup>os</sup> 323/94, 729/96, 519/00 y 21/01, entre otras.

<sup>16</sup> Artículo 10 de la Constitución uruguaya.

por la norma. Una cosa es crear Derecho análogo, sin base legal, y otra aceptable es interpretar extensivamente la norma, adecuando su ámbito de acción a las exigencias actuales de la comunidad en la que rige.

*Interpretar en general* no es elegir libremente, no es inventar, sino tratar de desentrañar la voluntad de la propia ley, e *interpretar extensivamente* consiste en extender la palabra de la ley para captar su espíritu, pero teniendo la precaución de no franquear los límites normativos y penetrar en la creación analógica.

37. No debe olvidarse que el juez intérprete de la ley realiza los preceptos jurídicos, a diferencia de lo que sucede con un ciudadano cualquiera, que sólo puede seguirlos o no.<sup>17</sup>

38. En el Derecho Comunitario no es posible pensar en otra solución que la armonización de las legislaciones de los países miembros en aras de una mejor aplicación de éstas y de un buen funcionamiento del bloque, en tanto no se cree el imprescindible Tribunal de Justicia que deberá tener una competencia obligatoria y excluyente de otros mecanismos que distorsionen la administración de una justicia imparcial, independiente y sobre todo homogénea.<sup>18</sup>

Como es sabido, el Mercosur no posee un Tribunal de Justicia, a la manera de la Unión Europea y de la Comunidad Andina del Pacto de Cartagena, por lo que la resolución de los conflictos que puedan producirse entre los países miembros se ha encargado a organismos políticos y no jurisdiccionales.

39. Entiendo que el respeto al orden jurídico comunitario creado en el Mercosur sólo será posible mediante la institucionalización de un Tribunal, que será el que controle la legalidad de la actuación de las instituciones y el cumplimiento del Tratado de Asunción por los países miembros, garantizando la aplicación uniforme del Derecho Comunitario.<sup>19</sup>

Este tema será objeto de tratamiento más adelante.

## 5. *Principio de debido proceso legal*

40. El artículo 12 de la Constitución uruguaya dice que nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal, consagrando el principio del debido proceso legal.

41. La Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay ha reconocido este principio en múltiples fallos, destacando la posibilidad de que las dos partes del proceso sean oídas por igual, la inviolabilidad de los derechos de la defensa y el trato igual para ambos contendientes procesales. Ello, ha dicho, es una expresión

---

<sup>17</sup> Sebastián Soler, *Interpretación de la ley*, Barcelona, 1962, p. 72.

<sup>18</sup> Gustavo Magariños Morales, "Integración económica", en *Segundo Encuentro de Presidentes de Cortes Supremas del Cono Sur* (Sucre, 1992), Editorial Judicial, 1993, pp. 78 y 79.

<sup>19</sup> Cairolí, op. cit., p. 29.

de la dignidad de la persona humana, como garantía de los derechos de que es titular y que reclama, lo que es también un derecho esencial o fundamental de la persona.<sup>20</sup>

42. El sentido de tener “su día ante la Corte”, equivale a que el demandado haya tenido debida noticia de la acción, que se le haya conferido una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos y que el tribunal esté constituido de tal modo que ofrezca una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad.<sup>21</sup>

43. Esto no es más que una consecuencia de la vigencia del principio de igualdad, en la medida en que la “afirmación puramente jurídica de la igualdad de las partes puede convertirse en letra muerta si después, en el caso concreto, la disparidad de cultura y de medios económicos pone a una de las partes en condiciones de no poderse servir de esa igualdad jurídica”.<sup>22</sup>

44. Otra manifestación del principio de debido proceso es la inviolabilidad de la defensa, también consecuencia del principio de igualdad, pues al legislar en forma diversa a personas que tienen la calidad de partes en un mismo proceso, estableciendo distinto alcance de la disposición para uno u otro, se vulnera la normativa superior (Constitución uruguaya, artículo 8º) que consagra el referido principio.<sup>23</sup>

45. Pero además, la Constitución uruguaya, en su artículo 18, otorga al legislador la facultad de fijar el orden y las formalidades de los juicios, lo que lleva implícito el derecho de adaptar el proceso a la naturaleza peculiar del derecho comprometido en cada relación procesal.<sup>24</sup>

46. Consecuentemente con lo indicado, en cualquier decisión de los órganos jurisdiccionales competentes para resolver conflictos de la comunidad, es imposible desconocer el principio del debido proceso legal, por lo que debe atenderse primordialmente al Derecho Procesal que instrumentará todo el funcionamiento práctico del sistema. Deberá determinarse si el procedimiento será de una forma o de otra, quiénes serán los legitimados para actuar, qué organismo será el decisor y si estas decisiones serán o no recurribles, sin perjuicio de instrumentar algunos mecanismos alternos de solución de conflictos.

Y aun cuando estos mecanismos alternativos estén pensados para ser utilizados por quienes no son jueces y por fuera de los procesos, también a su vez pueden ser aplicados por magistrados judiciales antes del proceso o durante su decurso.

---

<sup>20</sup> Sentencia n° 334/97.

<sup>21</sup> Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, p. 59; Enrique Vescovi y otros, *Código General del Proceso del Uruguay anotado*, t. I, pp. 89 y ss.; Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, p. 171; y Edward S. Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, p. 497.

<sup>22</sup> Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. I, Buenos Aires, p. 418.

<sup>23</sup> Suprema Corte de Justicia, sentencia n° 519/00.

<sup>24</sup> Raúl Alonso De Marco, “El debido proceso y la Suprema Corte de Justicia uruguaya”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999*, Fundación Konrad Adenauer, pp. 323 y ss.; Suprema Corte de Justicia del Uruguay, sentencias n°s 989/96 y 108/01, entre otras.

## 6. *Principio de irretroactividad de la ley penal*

47. Este principio no está expresamente señalado en la Constitución uruguaya, pero es una derivación del principio de legalidad que surge como esencial garantía para la seguridad de las personas, aportada por el jusnaturalismo personalista.<sup>25</sup>

48. Cuando la ley está vigente es obligatorio imponer sus consecuencias a las conductas que se producen bajo su imperio; por esa razón es que la ley se limita en su aplicación al tiempo en que rige y ello no sucede cuando un hecho ocurre antes o después de su vigencia.

En materia penal esto es muy grave, puesto que, al crearse un nuevo tipo delictivo, esa ley no puede aplicarse a hechos anteriores que hubiesen violado ese nuevo tipo delictivo. De lo contrario, nadie estaría seguro de su actuación en un momento determinado, pues lo que hoy es permitido hacer, mañana puede ser ilícito; no es justo que quien cometió una conducta lícita sea luego penado porque aquélla se tornó ilícita por imperio de una ley posterior. En definitiva, no es, como se ha dicho, otra cosa que una aplicación más del principio contenido en el artículo 10 de la Constitución uruguaya.

49. Creo que es posible estar de acuerdo con la afirmación del Tribunal Constitucional español, en sentencia de 20 de julio de 1981, donde estableció:

[...] la retroactividad será inconstitucional cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida en que restrinja derechos individuales [...] Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno.<sup>26</sup>

Es posible, pues, afirmar que el límite de la retroactividad está referido solamente a las leyes posteriores, sancionadoras o restrictivas de cualquier derecho individual.

## IV. Tribunal de Justicia de la comunidad

50. El control judicial es un elemento esencial en todo organismo de corte comunitario. Como ya se afirmó en este trabajo (§ 39), nada mejor que un Tribunal de Justicia comunitario para interpretar y hacer aplicar el derecho del conglomerado de países unidos por el acuerdo común.

51. Permítase una vez más recurrir a la experiencia europea. En la Unión los tratados han atribuido al Tribunal de Justicia un determinado número de competencias o funciones. Si se las considera desde el punto de vista de los particulares, una parte de esas atribuciones se presenta bajo la forma de vías de recurso contra la violación de un derecho.

<sup>25</sup> Alberto R. Real, *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958, p. 53.

<sup>26</sup> Álvarez Conde, op. cit., p. 256.

Se ha dicho que la Comunidad Europea (Unión) debe ser una comunidad de derecho, idea en la que está incluido también el hecho de que el Tribunal deberá salvaguardar algo más que el simple Derecho Positivo: deberá proteger, además, la ley en general, esto es, los derechos naturales de los particulares.

Además ese tribunal es el que mantendrá el equilibrio entre las competencias conferidas a la Comunidad y las que son propias de los Estados miembros.

Y por último, el que realizará la interpretación coherente de los tratados será precisamente el Tribunal Judicial de la Comunidad.<sup>27</sup>

52. Entre nosotros la situación no es clara, puesto que, curiosamente, la mayoría de los acuerdos latinoamericanos, con excepción del Pacto Andino y actualmente del Mercado Común Centroamericano, no ha previsto la creación de un tribunal como órgano de control de legalidad y de interpretación uniforme del Derecho Comunitario. En efecto, si recordamos los acuerdos de la ALALC, la ALADI, la Asociación de Libre Comercio del Caribe y el Mercosur, ninguno de ellos ha establecido cláusulas de creación de un Tribunal de Justicia que interprete y aplique el derecho de esas respectivas comunidades.

53. En el Mercosur, a pesar de que el artículo 1º del Tratado de Asunción establece como compromiso armonizar las legislaciones de los miembros para fortalecer la integración, lo que llevaría a la creación de institutos comunes en todos los órdenes, y del artículo 3º del Anexo III, que dice que los Estados adoptarán un sistema permanente de solución de controversias, el adoptado no ha sido el del Tribunal de Justicia.

54. De ese modo, según creo, se ha evadido el aspecto de interpretación del derecho por un órgano de Derecho Jurisdiccional y se ha impedido que la comunidad mercosuriana posea un organismo que controle la legalidad de los actos de sus instrumentos.<sup>28</sup>

La consecuencia de ello es que el individuo no es admitido a participar en este mecanismo en defensa de sus derechos, lo cual sería posible si se creara un tribunal al que se cediera una competencia obligatoria y excluyente de otros mecanismos.

55. En la Carta de Ouro Preto, firmada el 21 de setiembre de 1996, se resolvió recomendar la creación e instalación de una Corte de Justicia Supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario.

Sin embargo, esto no es tan fácil como parecería, puesto que, si bien Argentina y Paraguay tienen expedito el camino constitucional para la creación de un tribunal supranacional, no ocurre lo mismo con Brasil y Uruguay.

---

<sup>27</sup> Hjalte Rasmussen, "El Tribunal de Justicia", en *Treinta años de Derecho Comunitario*, Luxemburgo, 1981, pp. 163.

<sup>28</sup> Cairolí, op. cit., p. 30.

56. En efecto, en Uruguay, el artículo 6° de la Constitución nacional dice: “En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”. Esto elimina la posibilidad de que los conflictos sean resueltos de otra forma. Sería necesario, pues, reformar la Constitución en este aspecto, lo que no siempre es fácil, dado que el procedimiento se torna pesado y lento. De todos modos, puede asegurarse que a nivel político existirían las voluntades para aceptar la creación de un Tribunal de Justicia supranacional para dirimir los conflictos entre los países comunitarios.

57. No sucede lo mismo con Brasil, donde a nivel gubernativo, aunque no académico y judicial, se ha manifestado una férrea oposición a la creación de un Tribunal, prefiriendo la solución a través de organismos de corte político, tal como está establecido en los tratados referentes al Mercosur.

58. La Comisión Nacional de Juristas uruguayos expresó lo siguiente:

La creación de un mecanismo de integración que tenga por finalidad el funcionamiento de un Mercado Común, determina a juicio de la Comisión Nacional de Juristas, de manera esencial, la exigencia de un Tribunal de Justicia como instrumento de garantía de la legalidad y de la interpretación uniforme del derecho comunitario. No puede haber un mercado Común sin un ordenamiento jurídico y no puede existir un ordenamiento jurídico sin un Tribunal de Justicia.<sup>29</sup>

Lo cierto es que el Protocolo de Brasilia, cuando adoptó el sistema de arbitraje para dirimir los conflictos a crearse en el ámbito del Mercosur, a mi juicio no confirió seguridades máximas para la aplicación del derecho, lo que sin duda es un paso atrás en el proceso de integración.<sup>30</sup>

Los conflictos sólo tendrán una respuesta adecuada con la creación de un órgano jurisdiccional que garantice el respeto del derecho y su interpretación en el orden comunitario.

59. En la Unión Europea, que a juicio de los especialistas y el mío propio es el mecanismo de solución de controversias jurídicamente más avanzado y completo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene a su cargo la resolución de los recursos por incumplimiento, de anulación y de interpretación prejudicial. Los

---

<sup>29</sup> Resolución del Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercado Común del Sur, celebrado en Montevideo, 1992; cf. Adolfo Gelsi Bidart, “Exposición sobre solución de Controversias”, en seminario internacional “La dimensión jurídica de la integración”, Aladi, Montevideo, 1992, p. 199; y “Tribunal de Justicia para el Mercosur”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, 2ª época, n° 1, 1991, pp. 57 y ss.; Héctor Gros Espiell, “Tratado del Mercosur”, conferencia dictada en “Mercosur, el Tratado de Asunción”, en el Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, 1991, p. 29; y Raquel Landeira, Beatriz Scapusio, “Solución de controversias: hacia un Tribunal Supranacional”, en 2º seminario internacional: “La regionalización del Derecho Penal en el Mercosur”, Intendencia Municipal de Maldonado (Uruguay), 1993, pp. 185 y ss.

<sup>30</sup> Cf. Landeira y Scapusio, op. cit., p. 193.

dos primeros están incluidos en el sistema de arbitraje acordado en el Protocolo de Brasilia, pero no el de la interpretación prejudicial, que sólo puede ser conferido a un tribunal supranacional.<sup>31</sup>

## V. Reflexión final

60. Aparentemente, por el momento no se advierte peligro de grandes colisiones entre el Derecho Comunitario del Mercosur y el Derecho Constitucional, debido a mi juicio a que existe un consenso que rige la actuación de los órganos comunes creados por el acuerdo y protocolos adicionales.

61. Asimismo, cabe señalar que en algunos países se han hecho esfuerzos considerables para delegar competencias y jurisdicción hacia los organismos supraestatales, tal como lo ha establecido el artículo 75 num. 24 de la Constitución argentina y el artículo 145 de la Constitución paraguaya, que reconoce expresamente la existencia de un orden jurídico supranacional como garantía de derechos fundamentales del hombre.

62. En consecuencia, en tanto no nos despojemos de viejas vestiduras en lo referente a conceptos tales como soberanía, independencia, seguridad, y comencemos a aceptar que estamos en una nueva era dominada por comunidades de Estados, unión que cada vez se hace más necesaria para la convivencia pacífica de los países del orbe, no estaremos en condiciones de reconocer en toda su validez lo que es la integración.

63. La tradición jurídica es la consecuencia de las construcciones de la razón; por ello no es ilógico ni absurdo que, en la búsqueda de un bienestar común, se sometan las naciones a un argumento superior por su coherencia interna y por su racionalidad.

Ello, naturalmente, siempre que se respeten los ordenamientos constitucionales de cada uno de los integrantes de la Comunidad, y si alguno se opone a una solución racional para el buen funcionamiento de ésta, no deberá dudarse en promover el procedimiento pertinente para su modificación y sustitución por normas que permitan el desarrollo consolidador de un sistema común.

---

<sup>31</sup> El Tribunal Andino del Pacto de Cartagena tiene las tres facultades, aunque en la práctica no ha funcionado convenientemente porque los Estados miembros permitieron que antes de su creación se acumulara un número considerable de incumplimientos que había sido tolerado por todos ellos y nadie quería hacer responsable a otros Estados de sus propios incumplimientos. También la Corte Centroamericana de Justicia tiene atribuida la llamada Consulta Prejudicial.