
EL ORDEN JURIDICO DEL MERCOSUR

DR. JORGE E. FERNÁNDEZ REYES

Profesor de la Cátedra de Derecho de la Integración
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo
Director del Master en Integración y Comercio Internacional
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS PREVIOS. III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN GENERAL.
IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL MERCOSUR.
V. LA INCORPORACIÓN DE NORMAS EN EL MERCOSUR.

I. INTRODUCCIÓN

A) Los Procesos de Integración y el Orden Jurídico

Desde una concepción o análisis estrictamente jurídico, los distintos sistemas o esquemas de integración propios de los tiempos actuales, reconocen – naturalmente - la existencia de un ordenamiento jurídico que los regula en su constitución y en su funcionamiento en niveles distintos pero complementarios.

En primer lugar, se encuentran aquellas normas jurídicas que - en el ordenamiento jurídico interno - habilitan a los Estados Parte a “ingresar” a un esquema de integración, esto es el respaldo constitucional que contempla la posibilidad del Estado de participar en un proceso de integración.

En segundo término, con relación a los Estados en su condición de Partes o Miembros en su relacionamiento internacional a nivel de los organismos internacionales, y en forma específica del punto de vista comercial o económico (esto no significa que no existan otros niveles o formas de participación a nivel internacional en organizaciones internacionales con fines diversos), se encuentra la posibilidad normativa de realizar acuerdos de carácter hemisférico, regional o subregional como mecanismos de excepción al - actualmente - Sistema Multilateral de Comercio (GATT/OMC).

En tercer lugar, en el propio proceso de integración, vale decir aquel ordenamiento jurídico que surge de las normas constitutivas del mismo, y de aquellas complementarias o modificativas (a cuyos efectos se utilizan instrumentos propios del Derecho Internacional Público), al igual que aquellas que derivan de los órganos - institucionalidad orgánica - creados para desarrollar e implementar el proceso (propias del Derecho de la Integración en sus diversas manifestaciones jurídicas).

Y por último, y de acuerdo al modelo utilizado por los Estados Parte, el relacionamiento de la normativa del proceso de integración, respecto a su esfera interna o nacional, es decir al ordenamiento jurídico de cada Estado Parte o Miembro del esquema de integración

En el sentido antes indicado, el primero de los ámbitos aludidos, se vincula con la previsión constitucional (v.g. Carta Magna) de cada Estado que contempla la autorización para participar y comprometerse en un esquema de integración y consecuentemente el alcance de la misma y de los niveles de integración.

Por su parte, el segundo se refiere a la validez jurídica del acuerdo (hemisférico, regional o subregional) en el contexto internacional (GATT/OMC), esto es, la validación de la aplicación de la excepción a uno de los principios básicos del Sistema Multilateral de Comercio, es decir el «Principio de No Discriminación» (Cláusula de la Nación Más Favorecida y del Trato Nacional).

El tercero de los ámbitos referenciados, alude a la normativa emanada de los órganos creados por los Tratados constitutivos, adicionales, ampliatorios o modificatorios del original o fundacional, que obligan a los Estados Partes inmersos en el esquema de integración.

Por último – y de acuerdo al esquema de integración –, la aplicación de las normas del proceso en el orden interno del esquema en cada uno de los Estados Parte y la forma de adquirir la vigencia la normativa emanada de los órganos regulados por los Tratados constitutivos y ampliatorios (de acuerdo al tipo o esquema de integración, esto es, si se trata de proceso de naturaleza intergubernamental o procesos de naturaleza comunitaria).

En función de lo expresado anteriormente, y sin perjuicio de abordar brevemente los distintos niveles o ámbitos desde los cuales se puede observar el fenómeno de la institucionalidad normativa de un proceso o esquema de integración, el tema que nos interesa desarrollar se vincula con la “institucionalidad” del propio proceso de integración, vale decir la normativa propia y aquella derivada del proceso, que a nuestro juicio constituye el «Orden u Ordenamiento Jurídico» del proceso de integración.

Así es que se requiere una serie de consideraciones previas para delimitar claramente el tema en estudio, no obstante ser conscientes de la importancia y relevancia de los restantes aspectos de la temática en cuestión.

El análisis entonces, lo vamos a realizar según viene de verse en el ámbito de los procesos de integración de naturaleza comercial o económica (en el ámbito regulatorio del sistema multilateral de comercio – GATT/OMC – marco de derechos y obligaciones a la que se deben ajustar las políticas comerciales y los compromisos de los Países signatarios de los Acuerdos referidos), aún en aquellos cuyas dimensiones rebasaron los aspectos referidos y se desarrollaron – concomitantemente – con valoraciones políticas, sociales o culturales, pero siempre a partir de una concepción originaria de la naturaleza comercial y económica antes referida.¹

Obviamente, y desde el punto de vista anteriormente señalado, no es exactamente lo mismo el orden jurídico (desde lo sustantivo) relativo a esquemas de integración de escasa intensidad de aquellos cuya profundidad reviste características propias de una unión económica, transitando por los comunes y habituales estadios intermedios del fenómeno de la integración.

B) El Derecho de la Integración

La unidad del Derecho como valor intrínseco surge como elemento orientador de la ciencia jurídica, sin perjuicio de la existencia de distintas ramas autónomas, que se individualizan en función de particularidades propias y específicas en cuanto a objeto, método y principios (en algunas situaciones institutos).

El fenómeno de la «Integración» entre Estados soberanos y autónomos, como realidad propia de los tiempos contemporáneos (especialmente en las áreas económica y comercial), ha determinado el nacimiento de un «ordenamiento jurídico» que se desenvuelve a partir de esa «realidad», y que – a nuestro juicio – no responde a las ramas jurídicas existentes.

Denominado mayoritariamente como Derecho de la Integración, surgen entonces, un conjunto de normas que regulan los procesos de integración modernos, en función de diversas características que son ajenas a los criterios tradicionales en las disciplinas jurídicas conocidas, siendo la estructura básica de la ciencia del derecho, en la existencia del Derecho Interno de cada Estado y el Derecho Internacional (Público y Privado).

La base se encuentra en que el fenómeno en cuestión, no se desenvuelve pacíficamente en las ramas jurídicas tradicionales, no obstante utilizar mecanismos o instrumentos propios de las mismas para su nacimiento y en ocasiones su desenvolvimiento.

Vale decir, que si bien aún continúan las disquisiciones doctrinarias con sólidos fundamentos, que procuran ubicar al «fenómeno de la integración» desde la óptica jurídica, en disciplinas jurídicas existentes (en forma única o mixta - Derecho Internacional Público y/o Derecho Internacional Privado), también se avanza – con dificultades – en la elaboración de una «nueva» rama del derecho (Derecho de la Integración), con especial predilección – por sus características distintivas – por el Derecho Comunitario.^{2 3}

¹ Este aspecto es importante, en virtud de la existencia de otros mecanismos de integración, a niveles de cooperación técnica, científica, cultural, etc. que no será objeto de consideración en este trabajo, salvo en cuanto sean complementarios o sucedáneos en el tiempo a partir de la integración comercial o económica.

² Algunos autores diferencian el Derecho de la Integración, del Derecho Internacional Clásico en función de que éste último, se caracteriza por la existencia de Estados independientes respetuosos de la independencia de las demás naciones, y relacionados entre sí por vinculaciones económicas, científicas, culturales, etc..

³ La Ciencia del Derecho se encuentra resolviendo la regulación del nuevo fenómeno, desde la existencia de un Derecho Interno de cada Estado y el Derecho Internacional (Público y Privado), pero el Derecho de la Integración no es ni uno ni otro.

Desde allí, se desarrollan las diversas teorías en cuanto al ordenamiento jurídico (i.e. Derecho) aplicable en los procesos de integración.

No obstante ello, nuestra posición se recuesta en la existencia de un Derecho de la Integración General (como género) comprensivo: de un Derecho de la Integración Particular (como especie del género) referido a los procesos de integración que no cuentan con órganos de carácter supranacional o supraestatal y por ende carecen de normas supranacionales o supraestatales, y del Derecho Comunitario (también como especie del género) desarrollado a partir de procesos de integración con órganos de carácter supranacional y normas supranacionales.

Como consecuencia de esta posición, adquiere relevancia el estudio desde las fuentes del mentado «Derecho de la Integración» en directa vinculación con la aplicación de las normas emanadas de los órganos decisorios de los procesos de integración, en el propio esquema, y en los respectivos Estados Partes o Miembros.⁴

Complementariamente con lo expresado en el numeral anterior de este Capítulo, se desarrollarán los dos últimos aspectos descritos anteriormente, tanto desde el punto de vista general y teórico, como en el marco de la regulación dada en el ámbito del MERCOSUR propiamente dicho y en los Estados Partes (miembros plenos) y en los Estados Asociados al MERCOSUR.

II. ASPECTOS PREVIOS

En consecuencia, y en el primer nivel señalado en el numeral I.1 del Capítulo I (Introducción), la precisión inicial tiene vinculación - como señala con acierto Midón - con la “matriz constitucional” del proceso, en el sentido de que la Carta Magna de cada Estado que aborda el proceso de integración, debe - necesariamente - contemplar la potestad y viabilidad de los actos emanados por el Estado para ingresar a un determinado estadio de la integración, sobre la base de dos aspectos resaltables: la capacidad jurídica de hacerlo y el alcance de la misma.⁵

Aspecto trascendente, en la medida de que no todas las Constituciones de los países contemplan este aspecto, y cuando lo hacen no todas tienen el mismo alcance, lo que genera asimetrías constitucionales que - en ocasiones - imposibilitan un avance jurídico de igual forma en los procesos integrativos, pese a la intencionalidad manifiesta de lograr estadios superiores de la integración.⁶

En efecto y de acuerdo a la «matriz constitucional», desde la intergubernamentalidad o la supranacionalidad en términos amplios, se resuelve el punto en cuestión, y la institucionalidad del proceso se desenvuelve a partir de las características propias de los sistemas aludidos.

La naturaleza intergubernamental se caracteriza por distintos elementos, que en forma resumida vamos a indicar a continuación y que constituyen - en función de la habilitación constitucional existente - parte de una definición estratégica y política de los Estados Partes en oportunidad de ingresar a un proceso o esquema integracionista, que como venimos de observar está signada por la previsión constitucional.

En ese sentido, y sin perjuicio de un análisis más preciso que se pudiera realizar los elementos caracterizantes se podrían resumir en:

- (i) los sujetos (v.g. personas) que integran los órganos de la estructura institucional del esquema integracional, lo hacen en calidad de representantes directos de los Estados Partes (v.g. mandatados en las negociaciones y decisiones), y generalmente se trata de funcionarios públicos (aunque ésta no es una característica determinante o excluyente);
- (ii) las decisiones adoptadas en el marco de los órganos decisorios responden a las instrucciones de los Gobiernos de los Estados;
- (iii) su responsabilidad por las acciones y conductas adoptadas se resuelve en y por el Estado Parte que lo designa;
- (iv) los sistemas para la adopción de las decisiones en sede de los órganos que tienen esas facultades, se estructuran tanto a través del consenso o de mayorías especiales previamente determinadas, como forma de respaldar los intereses específicos de cada Estado en las negociaciones y resoluciones;

⁴ El Derecho no sólo es normativo, pero también es normativo y comprensivo de los fenómenos políticos, económicos, sociales y culturales, siendo en el enfoque tridimensional donde se plasma esta afirmación, en la medida que se concibe al Derecho, como norma, como conducta y como valor.

⁵ MIDÓN, Mario - Derecho de la Integración - Aspectos Institucionales del MERCOSUR - Rubinzal - Culzoni Editores, Año 1998, Santa Fé, Argentina, página 30 y siguientes.

⁶ Claro ejemplo de ello es el MERCOSUR, según veremos al tratar el tema en forma específica - Ver infra Numeral IV.

- (v) las normas adoptadas por los órganos decisorios, requieren necesariamente la incorporación o internalización al orden jurídico interno de cada Estado, según veremos con detenimiento posteriormente; y
- (vi) por último, y no menos importante, los Estados que conforman el esquema de integración, si bien tienen intereses comunes, participan con sus propias voluntades expresadas a través de sus representantes (i.e. negociadores).

Si nos referimos a los procesos de naturaleza comunitaria o supranacional, estamos aludiendo a la existencia de organismos de carácter supranacional o supraestatal en la estructura orgánica integracional, que excede el ámbito interno de los Estados Miembros que integran el proceso, con consecuencias específicas en el orden normativo emanado de dichos órganos comunitarios, y en ese sentido también podemos efectuar una caracterización sumaria:

- (i) las personas o sujetos integrantes de los órganos supranacionales o supraestatales no representan a un Estado en particular, sino que por el contrario su actuación en sede de dichos órganos responde a criterios comunitarios;
- (ii) no actúan por mandato o según instrucciones de un Estado Miembro; la responsabilidad de sus acciones se resuelve en el plano supranacional;
- (iii) las normas se adoptan en los órganos comunitarios, tradicionalmente por el régimen de mayorías en función de criterios previamente adoptados en los Tratados constitutivos y modificatorios o ampliatorios de aquellos;
- (iv) los órganos supranacionales revisten la facultad jurídica de dictar normas de carácter supranacional que tienen, de acuerdo a criterios normativos, doctrinarios y jurisprudenciales: (a) supremacía frente al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado; (b) un efecto directo; y (c) su aplicación inmediata;
- (v) por último, existe un interés comunitario que guía las acciones de los integrantes de la estructura orgánica - institucional del proceso o esquema de integración.

Consecuentemente, el ingreso por un Estado a un “esquema de integración” dependerá invariablemente, del marco constitucional del mismo, dado que la habilitación constitucional, es requisito previo y esencial para que válidamente se participe en el proceso integracional, y naturalmente dependerá el “nivel o grado” de integración de la mencionada habilitación constitucional, conforme a los niveles aludidos con anterioridad, y ello condicionará el desarrollo del proceso y naturalmente el orden jurídico del mismo.

En un segundo ámbito de análisis, el desarrollo de un proceso de integración de carácter comercial a nivel regional (tal cual lo delimitamos sucintamente en el numeral I.1 del Capítulo I Introducción), requiere necesariamente una autorización o habilitación, como régimen de excepción a los principios emergentes - actualmente - del Sistema Multilateral de Comercio (OMC) (i.e. en su oportunidad en el esquema de la liberalización del comercio - GATT).

Como es sabido, el Sistema Multilateral de Comercio, se orienta a consagrar el libre comercio en las relaciones comerciales entre los países integrantes de la Organización Mundial de Comercio (creada a partir del 1 de enero de 1995 como consecuencia de los Acuerdos de Marrakesh, resultado final de la Ronda Uruguay del GATT iniciada en el año 1986).

Es frecuente que se señale que “el fenómeno de la internacionalización es uno de los rasgos dominantes de las grandes transformaciones que ha venido experimentando el planeta en los últimos lustros”, y que “la globalización que acompaña este proceso determina una creciente diversificación de los intercambios.”⁷

Asimismo, se afirma que la crisis de comienzos de los años ochenta demostró la falta de adecuación del régimen de liberalización del comercio construido en torno al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), creándose a partir de la Ronda Uruguay del GATT un nuevo Sistema Multilateral de Comercio Internacional (Ronda que se inicia en el año 1986 y culmina en el año 1994).

Es entonces, el punto de partida “para un mejor desarrollo de la economía mundial mediante una mayor apertura y una mayor disciplina en los intercambios internacionales sobre la base un nuevo sistema multilateral más universal, transparente, previsible y no discriminatorio.”⁸

Los principios rectores del sistema aludido (consagrados asimismo en forma similar en el marco jurídico del GATT), se encuentran en:

- a) el “Principio de No Discriminación” sustentado en: la “*cláusula de la nación más favorecida*” por la cual los Estados miembros están obligados a otorgar a los productos (“comercio de mercancías”) de

⁷ LEIVA, Patricio – Capítulo Introductorio en La Ronda Uruguay y el Desarrollo de América Latina – CLEPI – Programa de Naciones Unidas - PNUD, Año 1994, página 25.

⁸ LEIVA, Patricio – obra citada, página 28.

los demás miembros un trato no menos favorable que el concedido a los productos de cualquier otro país; siendo la *“disposición relativa al trato nacional”* la que exige que una vez que haya ingresado los productos en un mercado, deben recibir (*“inmediata e incondicionalmente”*) un trato no menos favorable que el dispensado (*“cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad”*) a los productos de origen nacional equivalentes, extremos que se amplían en el marco de los Acuerdos de Marrakesh para los «servicios», y el régimen de la «propiedad intelectual»;

- b) el *“Principio de la Previsibilidad Comercial”* en cuanto es necesario la adopción de disposiciones que hagan previsible el acceso a los mercados de los países miembros de la comunidad internacional (OMC);
- c) el *“Principio de la Competencia Leal”*, en la aplicación de las reglas de competencia, que exigen establecer normas que eviten el monopolio o la competencia desleal, como el *“dumping”* y las subvenciones que distorsionen las reglas de la competencia; y
- d) el *“Principio de Fomento al Desarrollo”* en la medida que implica el otorgamiento a los países en desarrollo, de períodos de transición y adaptación a las disposiciones de la Organización Mundial de Comercio, y la búsqueda de mayores facilidades de acceso a los mercados para la reducción de los desequilibrios existentes.

Sobre estos principios de aplicación básica, se regulan las excepciones para hacer lugar a los nuevos «fenómenos de cooperación e integración regionales», que permite que todas las preferencias pactadas en las zonas de libre comercio y uniones aduaneras se excluyan del régimen general (Artículo XXIV del GATT).

Es criterio aceptado - sin perjuicio de voces críticas al respecto - que los compromisos de integración entre países son compatibles con el objetivo final del sistema multilateral de comercio, en tanto son creadores o gestores de crecientes niveles de competitividad, sino también como instrumentos válidos para lograr su consagración, es decir la corriente mayoritaria convalida la compatibilidad entre los procesos de integración regional y el sistema multilateral de comercio (principio del multilateralismo).

No escapa a la consideración general, de que los compromisos de integración sí bien son alternativas a una inserción más dinámica en la economía internacional, existe el riesgo de que la conformación de bloques integradores del punto de vista comercial y económico pueden llevar a un mundo fragmentado, donde el libre comercio se desarrolle en las zonas integradas, mientras que el comercio sea más limitado con los demás países.

Sin embargo, es válido pensar que los procesos de integración serían los futuros cimientos de una economía internacional libre de proteccionismo y de trabas al comercio de bienes y servicios, dado que la liberalización del comercio regional constituiría un adelanto en la aplicación de las reducciones arancelarias y a su vez un laboratorio para poner a prueba probables disciplinas multilaterales imprescindibles para la consagración del sistema multilateral de comercio.

El régimen de excepción al principio del multilateralismo, por parte de las zonas preferenciales regionales y subregionales de integración (compromisos integradores o acuerdos regionales), proviene – del punto de vista normativo - de la aplicación del artículo XXIV del GATT; de la Cláusula de Entendimiento sobre la Interpretación del Artículo XXIV del GATT (ambas relacionadas con las normas y disciplinas que se refieren a las uniones aduaneras y a las zonas de libre comercio); de la Cláusula de Habilitación (normas y disciplinas comerciales para los países en desarrollo); y del Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (normas para la integración económica en las áreas de servicios).

En esencia, se tratan de excepciones al principio de no discriminación, específicamente a la cláusula de la nación más favorecida, que según algunos autores puede visualizarse desde su aplicación *“hacia adentro”* o *“hacia fuera”*, o de manera *“condicional”* o *«incondicional”*.

El GATT de 1947 consagró en su Artículo I una cláusula de la nación más favorecida en su formulación incondicional (se trata de la extensión de las preferencias no vinculada a la oferta o concesión de alguna reciprocidad).

Las excepciones se encuentran en el Artículo XXIV del GATT, y excluyen todas las preferencias pactadas en zonas de libre comercio y uniones aduaneras, incluidos los acuerdos internos que las instrumentan, y en la Cláusula de Habilitación que permite a los países en desarrollo celebrar entre sí acuerdos regionales o globales para la reducción o eliminación recíproca de barreras al comercio sin verse obligados a extender los beneficios respectivos a las demás partes contratantes (Artículo I del GATT), siempre y cuando no se levanten o se transformen en barreras al comercio con las demás partes o se dificulte el intercambio comercial con ellas (i.e. creación de fortalezas comerciales).

Complementariamente, y en mérito a los conflictos derivados de la aplicación del Artículo XXIV del GATT, durante la Ronda Uruguay del GATT se trató de encontrar soluciones a dichos problemas, consagrán-

dose entonces el Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del GATT de 1994, que es parte integrante del Acuerdo de Marrakech del 15 de abril de 1994, en términos de un Protocolo para la interpretación de las disposiciones de dicho artículo.

La aplicación del Artículo XXIV del GATT, procura asegurar que los acuerdos regionales faciliten el comercio interno sin erigirse en barreras al comercio con los demás miembros de la OMC que no son partes de esos acuerdos, y que reduzcan al mínimo los efectos adversos de esos acuerdos para los otros miembros del proceso.

En esencia, que la “creación del comercio” sea superior a la “desviación del comercio”.

Por su parte, la aplicación de la Cláusula de Habilitación (para los países en desarrollo) que es más flexible que el Artículo XXIV y la del Entendimiento requiere, el cumplimiento de requisitos de fondo (v.g. facilitar y promover el comercio y que no sean impedimento para la reducción o eliminación de aranceles u otras restricciones al comercio en base a la nación más favorecida), y de requisitos de procedimiento (v.g. notificación del acuerdo y modificaciones al Comité - CCD, presentación de información y consulta con los miembros de la OMC).

La excepcionalidad prevista, implica que la finalidad de esos acuerdos debe ser facilitar el comercio mundial, sin transformarse en nuevas barreras comerciales, lo que ha generado problemas en el marco de la compatibilidad de las “zonas preferenciales” creadas por los países miembros del GATT con el ordenamiento jurídico general del sistema, y ello a través de la revisión y supervisión de los acuerdos, tanto en el ámbito de la aplicación del Artículo XXIV del GATT como en la Cláusula de habilitación.

Formuladas estas breves referencias a los aspectos habilitantes del ingreso por parte de un Estado a un proceso de integración, desde el punto de vista constitucional (i.e. previsión de la Carta Magna de cada Estado) y del escenario regional de carácter comercial o económico (i.e. excepción al sistema multilateral de comercio), podemos ingresar al estudio de los otros temas que son los que nos hemos fijado como objeto de este documento.

Estos refieren específicamente a la *institucionalidad normativa*, propia del orden jurídico emanado del proceso o esquema de integración, y la *institucionalidad orgánica* del mismo, lo que se vincula con las fuentes del Derecho de la Integración en general (Originario y Derivado – Formales y Materiales), y su directa relación con la incorporación de la normativa a nivel internacional, y aquella emanada del propio esquema de integración.

Luego, será posible avanzar sobre el ordenamiento jurídico de un proceso o esquema de integración propio o particular del Mercado Común del Sur (en adelante el MERCOSUR).

III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN GENERAL

Lo que es indubitable, y siguiendo la línea de razonamiento esbozada en el numeral I.2 del Capítulo I - Introducción, es que todo proceso de integración requiere de un orden jurídico determinado, en el que nacen y se desenvuelven las relaciones emergentes del mismo, es decir que lo contiene desde la óptica de las relaciones jurídicas que emergen del mismo.

En esencia, se trata de un conjunto de normas jurídicas que tienen sus propias fuentes, su estructura orgánica y procedimental para su existencia, al igual que los instrumentos necesarios para solucionar las controversias que se planteen, y que en definitiva se encuentran orientadas para su aplicación en un ámbito determinado.

Como consecuencia de ello y de lo expresado precedentemente, la diversidad de los procesos o esquemas de integración modernos, implica la diversidad en los principios fundamentales o rectores del ordenamiento jurídico de cada uno de ellos y repercute directamente en su “institucionalidad”.

Cuando nos referimos a la “institucionalidad” de un fenómeno de integración, estamos aludiendo a una concepción amplia del término utilizado, en el sentido de que esta abarca no solamente la *institucionalidad orgánica* (tema que tradicionalmente ha sido considerado por la doctrina como representativo del concepto), sino también a la *institucionalidad normativa*, en otras palabras, al conjunto normativo que regula el proceso integracional.

En ese sentido, bueno es recordar en esta instancia dada su directa vinculación con nuestras expresiones anteriores, que la *institucionalidad orgánica* de los esquemas de integración es desarrollada con singular acierto por Vacchino, al referirse a la institucionalidad en forma genérica.

El citado autor señala que todo proceso de integración requiere estar dotado de órganos que le den transparencia, sustentabilidad, solidez y previsibilidad.⁹

⁹ VACCHINO, Mario - La dimensión institucional en la integración latinoamericana - Integración Latinoamericana - INTAL - No. 185, diciembre de 1992, Año 17, página 3 y siguientes.

No obstante ello, esta institucionalidad orgánica se relaciona directamente con los sistemas que la doctrina ha desarrollado en base a las previsiones constitucionales propias de cada Estado participante de los procesos de integración.

En el orden de ideas señalado en el numeral precedente, Guy afirma que el Orden Jurídico es “*el conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que poseen sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlos, así como para constatar y sancionar sus incumplimientos y violaciones*”.¹⁰

Vale decir, que en el concepto aludido se encuentra tanto la institucionalidad normativa como la orgánica, a partir de la cual deviene la primera (excepto en su instancia original o primigenia), y que su alcance en el ámbito nacional de cada Estado Miembro o Parte, dependerá de la naturaleza asignada al proceso y a sus órganos.

Estas consideraciones implican el análisis de las Constituciones de los Estados Partes, en mérito a las cuales se pauta la capacidad jurídica de los mismos de insertarse en un proceso de integración y el alcance de dicha capacidad, no solamente en mérito a la inclinación – en el plano teórico – propia de la tesis monista o dualista, sino también en cuanto a que la “matriz jurídica” de la integración nace o se encuentra en los textos constitucionales de los Estados que conforman el proceso.

Vale decir, el punto se encuentra en la aprobación de los órganos estatales competentes de acuerdo a las Constituciones Nacionales, en cuanto prevean la posibilidad y por ende los requisitos para quedar vinculados - a partir de las normas de Derecho Internacional - a un esquema de integración.

En un proceso de naturaleza intergubernamental, los órganos son intergubernamentales (con las características ya vista en Capítulo 2), lo que presupone la necesaria incorporación o internación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de las normas aprobadas en el seno del proceso (es decir por los órganos creados a esos efectos en él o los Tratados constitutivos o ampliatorios), lo que obliga a su vez a establecer cuando adquiere vigencia la norma en cada Estado Parte, al igual que la vigencia simultánea o general en relación a los restantes integrantes del sistema integracionista.

A su vez presupone analizar la obligatoriedad de la norma al amparo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Bueno es recordar en esta instancia, que es de esencia en todo proceso de integración que los compromisos asumidos son obligatorios para los Estados Partes (artículo 27 de la Convención de Viena), y la aplicación del *pacta sunt servanda*, que trae aparejado la buena fe en la ejecución de los contratos (artículo 26 de la Convención citada).

Asimismo, presupone determinar la responsabilidad por el incumplimiento en la incorporación de la normativa aprobada en el marco del esquema de integración - ya sea por acción u omisión - en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros o partes, lo que habilita a ingresar a los mecanismos de solución de controversias previstos para exigir su cabal cumplimiento.

En un proceso de naturaleza supranacional, las características de supremacía normativa, efecto directo y aplicación inmediata de la norma jurídica, a partir de su aprobación por órganos supranacionales o supraestatales o comunitarios (que a su vez reconoce distintos niveles), resuelve – en principio – un sinnúmero de cuestiones relativas al ordenamiento jurídico comunitario, ya que en su propio ámbito de creación y desarrollo se encuentran en términos generales, el alcance y las características del orden jurídico aprobado por los órganos comunitarios y su relación con el orden jurídico de cada Estado Miembro.

Desde la óptica de la institucionalidad normativa, y tal cual hemos señalado al inicio de este trabajo, todo proceso de integración reconoce la existencia de un “orden jurídico”, compuesto por normas jurídicas de distinto alcance y valoración, conforme al esquema de integración.

En su relación con las Fuentes del Derecho, es posible abordar el tema con miras a obtener un desarrollo propio de la ciencia jurídica.

El tema de las “Fuentes del derecho”, en una concepción genérica es esencialmente opinable y discutible, dada la amplitud del término, pero su determinación es esencial para poder avanzar sobre cuáles son esas fuentes.¹¹

Sobre el punto, lo más adecuado es situar el término, en el “ámbito donde el Derecho se produce”, y es en base a esta conceptualización que desarrollaremos el tema.

¹⁰ GUY, Isaac - Manual de Derecho Comunitario General - Editorial Ariel, Barcelona, Año 1985, página 178.

¹¹ HANS KELSEN en su Libro “Teoría General del Derecho y del Estado”, decía que la expresión fuente del Derecho es figurada y superlativamente ambigua y hasta inútil, dado que se utiliza no sólo para designar los métodos de creación jurídica, sino también para caracterizar el fundamento de la validez del Derecho y la razón última de su validez.

En términos generales, y en cuanto al Derecho Originario, en los distintos procesos de integración (modernos), el acto inicial o fundacional que da origen al esquema de integración se consagra instrumentalmente en un TRATADO donde se incluyen los objetivos, principios e instrumentos propios del sistema de integración consagrada, y es en este acto constitutivo donde se consagra el alcance del esquema de integración (i.e. Tratado Marco, etc.).

Se trata del acto fundacional en donde los Estados Partes o Miembros deciden o manifiestan su voluntad de incorporarse en un proceso integracionista, por lo que este instrumento adquiere la naturaleza de fuente originaria.

En dicho instrumento, propio del Derecho Internacional Público, los Estados asumen el compromiso de la «Integración», que obviamente es diverso a lo interno, y que también lo es en referencia a lo internacional.

La diferencia en lo internacional, obliga a una delimitación con otros instrumentos originados en la esfera del Derecho Internacional, ya que de otra forma no se justificaría del punto de vista de la ciencia jurídica y de la normativa vigente, hablar de un Derecho de la Integración diferente y diferenciable del Derecho Internacional (en el caso Público).

Allí es donde la elaboración doctrinaria no ha tenido avances sustantivos, no obstante lo cual, los esfuerzos para distinguir el orden jurídico internacional tradicional (por asignarle una denominación a los efectos de este documento) del orden jurídico propio de la integración o integracionista, han tenido ciertos resultados positivos.

La primera distinción o criterio distintivo sustantivo, deviene de la finalidad inmersa en las disposiciones de uno y otro orden jurídico, dado que mientras en el orden jurídico internacional (tradicional) el mismo se encuentra en la «cooperación», en el orden jurídico integracionista se ubica en la naturaleza «asociativa».

Por otra parte, el Derecho Internacional es de naturaleza esencialmente convencional, mientras que el Derecho de la Integración tiene en sus instituciones – de acuerdo al modelo – una facultad normativa generadora de normas de Derecho (de la Integración en sentido amplio, o Comunitario o de la Integración en sentido estricto).

Asimismo, la facultad de establecer reservas o condicionamientos en los Tratados de Derecho Internacional, no es compatible con aquellos propios del Derecho de la Integración (en sentido amplio), ya que ello implicaría afectar el principio de igualdad de los Estados Partes o Miembros.

Si nos referimos al Derecho Derivado o también llamado Secundario, estamos aludiendo a aquél conjunto de normas emanadas de los órganos creados por el Derecho Originario.

De acuerdo a lo que hemos venido expresando, el mismo va a estar adecuado a la modalidad integracionista adoptada por los Estados signatarios del Tratado fundacional, dado que la naturaleza de los órganos creados a esos efectos, condiciona la naturaleza de las disposiciones correspondientes, y por ende su aplicabilidad en el ámbito interno de los Estados Miembros o Partes.

Se recuerda en ese sentido, que el Derecho Originario cualquiera sea la modalidad adoptada, condiciona necesariamente al Derecho Derivado, porque sus normas tienen jerarquía superior a las derivadas de los órganos por él creados, y en caso de colisión de normas prima el Derecho Originario.

Por otra parte, en las diversas modalidades integracionistas la necesaria incorporación de las normas emanadas de los órganos creados por el Derecho Originario, conformando el Derecho Derivado a que hacíamos alusión anteriormente, torna imprescindible obliga a alguna consideración relativa a la forma de explicar la inserción de una norma de Derecho Internacional en el Derecho interno de un Estado, que en la situación planteada se encuentra inmerso en un esquema integracionista.

Es decir, que si bien la normativa derivada del proceso no puede catalogarse como una norma de derecho internacional, se trata de una norma que proviene de los órganos de una organización internacional o comunitaria.

La corriente dualista, considera la existencia de dos Derechos, con sus propias fuentes, instituciones y sujetos, es decir: el Derecho Interno de cada Estado y el Derecho Internacional.

Sobre esta base se conforman dos órdenes jurídicos que rigen en ámbitos distintos, en virtud de lo cual no existe conflicto en ambos, dado que el Derecho Internacional rige en lo internacional, mientras que el Derecho Interno rige en cada Estado.

En oportunidad de que la norma de derecho internacional, deba incorporarse en el ámbito interno de un Estado, es necesario “incorporarla” a ese orden jurídico, por vía de los mecanismos establecidos en el mismo, convirtiendo la norma internacional en norma de derecho interno.¹²

¹² El tema sin lugar a dudas amerita un análisis más profundo, pero el mismo rebasa el alcance de este documento.

Mientras tanto, la teoría monista, afirma la existencia de un solo orden jurídico, que incluye al Derecho Internacional y al Derecho Interno de cada Estado.

Esto significa que un Tratado Internacional (Derecho Internacional) para entrar en vigencia en un Estado (Derecho Interno), que lo ha firmado, no necesita de una norma que lo convierta en Derecho Interno, es decir que si el Tratado es válidamente celebrado y ratificado conforme a la legislación del país, el mismo se aplica internamente.

La trascendencia práctica en la aplicación de las teorías vistas (pese a una notoria superación de la polémica histórica), resulta que *el dualismo subordina el Derecho Internacional al Derecho Interno*, mientras que *el monismo plantea la necesaria definición según el orden de las fuentes, acerca de la jerarquía de las normas de Derecho Internacional una vez ingresadas al Derecho Interno*.

El Prof. Arbuét Vignali con su habitual claridad y precisión, resalta la importancia del tema en general, habida cuenta de las dificultades que enfrenta un Juez interno cuando debe fundamentar un fallo, y encuentra contradicciones evidentes entre una norma del Derecho Interno que ha creado el Estado y otra de Derecho Internacional que su Estado contribuyó a crear y se obligó a respetar.¹³

IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR), es un proceso de integración que se inicia a partir del Tratado de Asunción suscrito el 26 de marzo de 1991, por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental de Uruguay, a través de un instrumento propio del Derecho Internacional Público (i.e. Tratado).

Desde la óptica constitucional de cada Estado Parte integrante del MERCOSUR, se observan realidades diversas, es más aún tres de los cuatro países miembros plenos del proceso han tenido reformas constitucionales con posterioridad a la suscripción del Tratado de Asunción, aunque solamente la República Argentina y la República del Paraguay han avanzado en sus previsiones constitucionales, incluyendo una regulación expresa y moderna al respecto (Uruguay no ha seguido el mismo camino y pese a la Reforma Constitucional del año 1996 y 2004 el tema no fue objeto de consideración, mientras que la República Federativa del Brasil mantiene su redacción original desde la creación del MERCOSUR).

Las realidades diversas a que hacemos referencia, se encuentran especialmente en el alcance de la participación de los Estados Partes.

De conformidad con las disposiciones constitucionales existentes en los cuatro Estados Partes en oportunidad de la suscripción del Tratado de Asunción (marzo de 1991), el MERCOSUR detenta la condición de ser un proceso de naturaleza intergubernamental, de acuerdo con las potestades constitucionales de cada uno de los Estados Partes.

La República Argentina, en la Constitución Nacional reformada en el año 1994, posibilita la integración tanto hacia adentro (artículo 124 de la Carta Magna) como hacia fuera (numeral 24 del artículo 75, y 124 de la Constitución).¹⁴

La nueva Constitución de la República Argentina resuelve del punto de vista jurídico, en primer término: el orden de prelación de los Tratados y el derecho derivado emergente de ellos, y en segundo término: la constitucionalización de la integración, dos aspectos sumamente trascendentes en el marco de los procesos de integración modernos o contemporáneos.

El primer punto en cuestión se refería a la situación de los Tratados Internacionales en relación a las leyes, y especialmente a los Tratados relativos al fenómeno de la "Integración".

Respecto a los *Tratados de Integración*, se establece que el Congreso de la Nación, puede aprobar aquellos que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, siempre que sea en condiciones de reciprocidad e igualdad y respetando el orden democrático y los derechos humanos.

Por su parte, y en forma complementaria, se expresa que la denuncia de estos Tratados (v.g. los relativos a la Integración) requiere una mayoría especial de cada Cámara del Congreso de la Nación.

Asimismo, se consagra la supremacía de las normas dictadas por esas organizaciones (i.e. internacionales) en relación a las leyes de la Nación, sólo en cuanto hayan sido dictadas o emitidas por órganos de carácter o naturaleza supranacional.

¹³ ARBUET VIGNALI, Heber - Claves Jurídicas de la Integración – Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina, Año 2004, página 116 y siguientes.

¹⁴ Con anterioridad a la Reforma Constitucional, la doctrina admitió la validez de una justicia supranacional, cuando la renuncia a la jurisdicción argentina no está prohibida por ley del Congreso de la Nación o no existe jurisdicción exclusiva y excluyente.

Veamos entonces, cuales son las características de estos Tratados de Integración que la Constitución faculta a que el Congreso de la Nación apruebe.

En primer término y como contenido de la "Integración", se admite, tal cual habíamos expresado precedentemente, que en el Tratado *se deleguen competencias y jurisdicción a órganos supranacionales, es decir se admite un desprendimiento de atribuciones y competencias que en su génesis corresponden al Estado Nación.*

En segundo término, se requieren determinados *requisitos de fondo mínimos*, so pena de que el Tratado sea inconstitucional, y ello se orienta a consagrar en las disposiciones del texto normativo, los siguientes principios:

- a) de *reciprocidad* en el sentido de la mutua correspondencia entre dos o más actores y una relación solidaria;
- b) de *igualdad*, en el entendido de paridad, equilibrio, identidad, con igual cesión de competencias
- c) de *respeto por los derechos humanos*; y
- d) de *respeto del orden democrático*.

En tercer término, surgen los *requisitos de forma*, vinculados con el mecanismo o procedimiento que debe seguir el Congreso de la Nación para habilitar los Acuerdos internacionales de Integración, distinguiendo dos situaciones diversas:

- a) la *integración latinoamericana*, que requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada rama legislativa, y se refiere a los latinoamericanos, es decir los pueblos latinoamericanos que hablan idiomas derivados del latín; y
- b) la *integración con otros Estados no latinoamericanos*, que requiere un proceso más complejo, con una declaración previa de conveniencia, un plazo de 120 días y la mayoría absoluta para la aprobación.

En cuarto término, otra característica de los Tratados de Integración, se encuentra en la *denuncia*, dado que se exige la participación de los órganos representativos, sin perjuicio de la competencia de los órganos ejecutivos.

Como viene de verse, la Reforma de la Carta Magna de la República Argentina, reconoce el fenómeno de la "Integración", y lo incluye en su regulación, habilitando la participación del Estado en dichos procesos de integración (con países latinoamericanos y no latinoamericanos) pero con exigencias de fondo y de forma importantes, que son imprescindibles para posibilitar su participación en un proceso de integración de carácter supranacional o comunitario.

Por su parte la República del Paraguay, tiene su Constitución aprobada en junio de 1992, donde el tema de la integración adquiere un papel importante del punto de vista conceptual y jurídico.

Al respecto el artículo 143 de la Carta Magna, afirma que el Estado, en el ejercicio de las relaciones internacionales, se ajustará, entre otros, al *principio de cooperación*.

En el artículo 145, admite la existencia de un *orden jurídico supranacional*, a los efectos de garantizar la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en los aspectos económico, político y social.

Como *requisitos de fondo*, consagra:

- a) el principio de igualdad;
- b) de vigencia de los derechos humanos;
- c) de la Paz;
- d) de la Justicia;
- e) de la Cooperación (según se ha visto); y
- f) del Desarrollo (en lo político, económico, social y cultural).

Por su parte, como *requisitos de forma*, requiere la aprobación de la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso Nacional.

Se ha considerado por algunos autores, que la citada Constitución de la República del Paraguay, no prioriza la Integración latinoamericana, en el entendido que considera a la "Integración" en su conjunto y como un fenómeno que no admite una priorización, extremo que a nuestro juicio no representa una crítica válida, cuando admite sin lugar a duda alguna la integración como un fenómeno de los tiempos modernos y en ese sentido la regula, siendo una decisión de carácter instrumental la priorización de una u otra modalidad de integración.

Por último, y en relación a la prevalencia del Tratado sobre la Ley, determina *la jerarquía supralegal del Tratado*, aspecto que adquiere trascendencia en los temas objeto de tratamiento.

La República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil, no tienen disposiciones de características similares en el sentido que habiliten la integración de dichos países en procesos de carácter

supranacional, por lo que, salvo modificaciones constitucionales expresas en los textos actualmente vigentes de los mismos, el MERCOSUR no podrá adquirir la «supranacionalidad» orgánica y normativa.

Desde la óptica del relacionamiento del proceso de integración, con la normativa internacional en materia de comercio (y a partir del año 1994 con la Organización Mundial de Comercio), el tema requiere alguna consideración expresa.

El Preámbulo del Tratado de Asunción, contempla en forma expresa que el Tratado “... debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980.”

Al celebrarse el Tratado de Montevideo de 1980, las Países signatarios escaparon a la rigidez del Artículo XXIV del GATT e hicieron uso de la posibilidad prevista en la Cláusula de habilitación consagrada en el año 1979 en la Ronda GATT de Tokio, es decir otorgarse preferencias que no lleguen a liberar “lo esencial del comercio recíproco”, por lo que se establecen preferencias arancelarias regionales, acuerdos de alcance regional y acuerdos de alcance parcial.

Por su parte, el artículo 44 de dicho Tratado prevé una cláusula de la nación más favorecida que funciona como mecanismo de multilateralización de las preferencias que concedan los miembros de la Asociación a países fuera o dentro del acuerdo pero por decisiones que no estén previstas en el Tratado de Montevideo de 1980 o en el Acuerdo de Cartagena.

La aplicación del artículo se realiza “hacia adentro” por vía del Acuerdo de Complementación Económica, dado que si se hubiera utilizado el mecanismo del artículo 9 del Tratado de Montevideo, existiría la obligación de estar abiertos a la adhesión, previa negociación con los demás Estados Miembros y propiciar la convergencia a fin de que sus beneficios alcancen a todos los países miembros.

En el caso del MERCOSUR (Mercado Común del Sur), éste fue ingresado en el contexto de la ALADI como un Acuerdo de Complementación Económica de Alcance Parcial, dado que era la forma de valerse de las preferencias arancelarias admitidas por la Ronda Tokio del GATT y a su vez, dentro del esquema de la ALADI, exceptuarse de la exigencia del artículo 44 del Tratado de Montevideo (cláusula de la nación más favorecida según viene de verse), frente a los restantes países integrantes de la ALADI que no forman parte del MERCOSUR.

Así es que el Tratado de Asunción fue registrado como el Acuerdo de Alcance Parcial No. 18 (Acuerdo de Complementación Económica) en el mes de noviembre de 1991, agregándose con posterioridad diversos Protocolos Adicionales a dicho Acuerdo de Alcance Parcial (esencialmente se ingresaron el Programa de Liberación Comercial, el Régimen de Origen y la regulación de las Cláusulas de Salvaguardia previstos en los Anexos I, II y IV del Tratado de Asunción).

En síntesis, y al decir de la doctrina más recibida, el acto fundacional del MERCOSUR, utiliza al Tratado de Montevideo (constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración - ALADI), como «paraguas jurídico», vale decir, este Tratado oficia de norma jurídica habilitante respecto a la aplicación (excepción) de los principios consagrados en la normativa GATT/OMC, en lo vinculado con el Programa de Liberación Comercial, Régimen de Origen y Cláusulas de Salvaguardia (Anexos I, II y IV del Tratado de Asunción).

El MERCOSUR presentó ante el GATT el Tratado de Asunción (documento constitutivo del Mercado Común del Sur) en el año 1992, al amparo de la Cláusula de Habilitación.

Los cuestionamientos realizados por Estados Unidos de Norteamérica y de la Comunidad Europea, en base a que: (i) la Cláusula de Habilitación no reemplaza el artículo XXIV del GATT; (ii) que se trata de un acuerdo comercial significativo en virtud de la realidad (poblacional, económica, etc.) de los países integrantes del MERCOSUR (principalmente la República Federativa de Brasil), y (iii) que por lo tanto habría que analizarlo según los procedimientos regulares del GATT, es decir el Artículo XXIV y el Entendimiento, han impedido la finalización del proceso de autorización en el marco de la OMC.¹⁵

En el marco del tema objeto de desarrollo, el MERCOSUR tiene ciertas características que interesan señalar, en virtud de que las mismas condicionan al proceso, desde el acto fundacional hasta los tiempos actuales.

Se trata de un proceso de carácter evolutivo y gradual, de naturaleza intergubernamental y condicionado.

Su *carácter evolutivo* se aprecia desde la óptica comercial o económica, en que se inicia a partir de una Zona de Libre Comercio (con características propias ya que no reviste todas las características específicas de dicho estadio de la integración) para – en forma gradual y como objetivo final – conformar un Mercado Común antes del 31 de diciembre de 1994 (artículo 1 del Tratado de Asunción).

¹⁵ En ese sentido, se señala que en el año 1993 se logró un acuerdo para crear un Grupo de Trabajo que estudiara el tema, y luego se procuró una combinación entre la Cláusula de habilitación y el Artículo XXIV del GATT a consideración del Comité sobre Acuerdos Comerciales.

Al no haberse logrado la constitución del Mercado Común en el plazo señalado, los negociadores advertidos de la dificultad en obtener resultados satisfactorios en los tiempos previstos en el acta fundacional, durante el año 1994 acordaron la conformación de una Unión Aduanera, como estadio intermedio en el desarrollo del proceso de integración acordado en el Tratado constitutivo (esta situación se mantiene en la actualidad y ha llevado a catalogar el estado actual del proceso como de Unión Aduanera o Imperfecta por la falta de adecuación total y completa a los elementos básicos de una Unión Aduanera con los alcances establecidos en el marco del GATT).

Por su parte, la Decisión No. 9/95 de diciembre de 1995 del Consejo del Mercado Común (conocida como el Programa de Acción MERCOSUR 2000), reitera los objetivos y pautas iniciales, y consagra las líneas de acción de los negociadores para los años siguientes, sobre la base de dos grandes áreas de actuación a saber: I) la profundización de la conformación de la Unión Aduanera; y II) el tránsito hacia el Mercado Común.

Bueno es señalar, que antes del inicio de la última etapa en la cual estamos inmersos en la actualidad, surgieron voces muy fuertes desde distintos sectores de las sociedades (a distintos niveles) de los cuatro Estados Partes, que ante la imposibilidad de avanzar en los términos acordados originalmente, señalaron con agudeza y validez, la necesaria definición en cuanto al mantenimiento de lo acordado en el Tratado de Asunción (es decir la conformación de un Mercado Común), o en su defecto limitarse a perfeccionar la Unión Aduanera a la que se ingresa el 1 de enero de 1995 (actualmente imperfecta o incompleta), o por último retornar a una Zona de Libre Comercio perfecta.

En definitiva, y en respuesta a la disyuntiva planteada, en la etapa más reciente en el MERCOSUR (que se mantiene en la actualidad), los Estados Partes acordaron el llamado "Relanzamiento del MERCOSUR" instrumentado en sendas Decisiones del Consejo del Mercado Común, aprobadas durante el año 2000, y que continúan su proceso de implementación en sede del propio proceso de integración, confirmando la prosecución del camino hacia el cumplimiento del objetivo inicial (v.g. la conformación de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay).

En esta etapa se destaca nuevamente, la firme voluntad de los Estados Partes, de continuar con el objetivo original plasmado en el artículo 1 del Tratado de Asunción, es decir la conformación del Mercado Común, y de realizar todos aquellos actos y acciones conducentes a lograr la ansiada conformación del Mercado Común.

Es más aún, en forma reciente y producto de variables políticas (nuevas autoridades de Gobierno tanto en la República Argentina, en la República Oriental del Uruguay y especialmente en la República Federativa del Brasil), denotan un nuevo impulso, de mayor intensidad política que el lanzado en el año 2000, que permiten afirmar la existencia de un "resurgimiento conceptual" del proceso de integración (para algunos autores con una notoria impronta política), con miras a una adecuada preparación y profundización ante los desafíos que se sitúan en el quinquenio 2005 - 2010 (en el marco de la Organización Mundial de Comercio – Declaración de Doha y Conferencia Ministerial de Cancún; del Acuerdo Marco con la Unión Europea, y de la Asociación de Libre Comercio de las Américas – ALCA).

Sin embargo, también se puede observar sin mayores dificultades, que el resurgimiento conceptual a que hacíamos referencia, durante los años 2004 y 2005 ha permanecido en ese estado, dado que no se denotan avances sustantivos en lo medular del proceso de integración, no existiendo perspectivas ciertas para el año 2006 (a vía de ejemplo, en forma reciente la Unión Europea ha desactivado las negociaciones con el MERCOSUR hasta tanto se logren resultados en el marco de las negociaciones producto de la Ronda del Desarrollo).

Aparece entonces en forma clara e indubitable, el carácter evolutivo y gradual del proceso a que hacíamos referencia, y que determinó la adecuación del ordenamiento jurídico a las realidades que se venían suscitando, aún cuando las mismas no fueran las esperadas y previsibles en los tiempos acordados.

Decíamos que una segunda característica del MERCOSUR, era su *naturaleza intergubernamental*.

La naturaleza intergubernamental de la estructura orgánica del proceso ha sido establecida en el Tratado de Asunción (en el año 1991), y reiterada normativamente en el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR (Protocolo de Ouro Preto de diciembre de 1994), siendo la decisión política de los Estados Partes muy clara en ese sentido (sin perjuicio de las limitaciones constitucionales de Brasil y Uruguay vistas con anterioridad), y reiterada a lo largo de los más de quince años de vida del proceso (véase en sentido las distintas Declaraciones Presidenciales o Comunicados Conjuntos de los Presidentes de los Estados Partes, emitidos en ocasión de prácticamente todas las Cumbres de Presidentes en donde el tema fue objeto de consideración expresa en el ámbito de las negociaciones).

Sus órganos principales y únicos de carácter decisorio son de naturaleza intergubernamental, tanto en el Tratado de Asunción (artículos 9, 10 y 13), como en el Protocolo de Ouro Preto (artículos 2, 3, 10 y 16).

Es decir que tanto el Consejo del Mercado Común como el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR (que se crea en forma irregular con la Decisión No. 13/93 y se le asigna competencias mediante la Decisión No. 9/94 y que se regulariza en el Protocolo de Ouro Preto a través del artículo 16 y siguientes), se encuentran integrados por representantes de los Gobiernos de los Estados Partes, que actúan en representación y con mandato expreso de los mismos, alejando en esa instancia toda posible consideración o atisbo de supranacionalidad o supraestatalidad (pese a algunas voces que se han expresado a favor de la supranacionalidad).

Dentro de los órganos principales de carácter consultivo, la Comisión Parlamentaria Conjunta (creada en el Tratado de Asunción, y reformulada en el Protocolo de Ouro Preto), tiene naturaleza intergubernamental. En forma reciente (diciembre de 2005), el Consejo del Mercado Común en la Cumbre de Montevideo de 2005 (Decisión No. 23/05 de diciembre de 2005) resuelve la creación del Parlamento del MERCOSUR, cuya implementación se resuelve en el tiempo y si bien contempla una integración con participación ciudadana en la elección de los representantes, en una primera etapa mantiene la designación por los Estados Partes dentro de la representación parlamentaria en sus propios países.

El Foro Consultivo Económico Social (creado en el Protocolo de Ouro Preto) se integra con representantes de los sectores económicos y sociales de los Estados Partes, surgiendo entonces, como un órgano sin representación gubernamental, aunque sus competencias lo ubican como de carácter consultivo.

Por último, y dentro de los órganos principales se encuentra la Secretaría del MERCOSUR (actualmente en proceso de transformación hacia el formato de una Secretaría Técnica), como un órgano de apoyo administrativo, donde – a nuestro juicio y según ya hemos afirmado con anterioridad – surgen algunas características propias de la supranacionalidad o de un órgano de carácter comunitario.¹⁶

Los órganos auxiliares en el MERCOSUR cuya creación fue originalmente competencia del Consejo del Mercado Común, y con posterioridad en el tiempo fue atribuida al Grupo Mercado Común (artículo 14, apartado V del POP), motivaron una suerte de incontinencia en la generación de ámbitos de negociación, que actualmente se ubica en un número cercano a los de 250 (doscientos cincuenta), cuya denominación además de errática no guarda ningún tipo de sistematización u organicidad (Comités, Subcomités, Reuniones, Reuniones Especializadas, Reuniones Ad Hoc, Comisiones, Subcomisiones, Grupos Ad Hoc, Grupos de Alto Nivel, Comités, Subcomités, etc.).

La integración de esta diáspora institucional también es de carácter intergubernamental, es decir con representantes de los Gobiernos de los Estados Partes, y su actuación en los mismos responde a los lineamientos o decisiones adoptadas en el seno de los respectivos Gobiernos de los Estados Parte.

Su función es técnica y preparatoria de la normativa que luego podrá ser transformada en Normativa MERCOSUR, en caso de que los órganos decisorios del MERCOSUR la aprueben como tal a través del consenso de los Estados Partes (artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto).

Por último, hemos señalado que se trata de un *proceso o esquema de integración «condicionado»*, y ello porque en sustancia, tanto los acontecimientos en el orden interno de los Estados Partes, como en el devenir a nivel internacional, inciden directamente en el desarrollo del proceso.

Al respecto, podemos señalar que el MERCOSUR, no es ajeno a los cambios en las autoridades gubernamentales de cada uno de los países que lo integran, ya en las etapas previas a los actos eleccionarios, como en los tiempos requeridos para la instalación de las nuevas autoridades.

Es clara la firme voluntad política que en forma prácticamente unánime, han sostenido los diversos sectores y partidos políticos que han participado en los actos eleccionarios en los cuatro Estados Partes, durante la vida del MERCOSUR, pero no menos cierto es que la «impronta», de cada uno de los Gobiernos electos no ha sido exactamente la misma en estos quince años.

Las realidades internacionales, también han impactado e impactan en el desarrollo del proceso de integración, y desde las famosas crisis internacionales, identificadas como el «efecto tequila» o la «gripe asiática» entre otras, y así sucesivamente, han tenido repercusiones directas e indirectas en la evolución o desarrollo del MERCOSUR.

Resumiendo, consideramos que estos tres aspectos o características del MERCOSUR, son ilustrativos en cuanto a la tema objeto de estudio, esto es, el fenómeno de la incorporación de las normas MERCOSUR, o la

¹⁶ Al respecto se pueden señalar diversas normas del MERCOSUR que han determinado una nueva visión institucional de la Secretaría del MERCOSUR, y que se encuentran reseñadas en la página web de la Secretaría del MERCOSUR – www.mercosur.org.uy.

vigencia de éstas con relación a los Estados Partes. según será desarrollado en el próximo Capítulo de este trabajo.

Por último, es válido señalar que el MERCOSUR, como esquema de integración regional del cono Sur de América, ha generado un ordenamiento jurídico propio, que lo regula en sus diversos aspectos.

A título simplemente ilustrativo, reconociendo el alcance de los Laudos Arbitrales¹⁷, y resaltando la importancia política y jurídica que los mismos tienen, el Primer Laudo Arbitral afirma enfáticamente que las normas MERCOSUR, tanto originarias como derivadas, constituyen un “conjunto normativo”, existiendo en consecuencia la conformación de un ordenamiento jurídico propio, y en consecuencia de esto resulta su propio método de interpretación, fines y objetivos.¹⁸

A mayor abundamiento, y en el mismo orden de ideas, el referido Laudo Arbitral, señala que aún en ausencia de normas expresas, el derecho del MERCOSUR es suficiente a los efectos de determinar la procedencia o improcedencia de un planteo.¹⁹

V. LA INCORPORACIÓN DE NORMAS EN EL MERCOSUR

A) Aspectos generales

El tema de la incorporación de las normas en el MERCOSUR, ha sido uno de los más debatidos en el ámbito de la doctrina vinculada al proceso de integración, así como un continuo desvelo de los negociadores en términos de lograr una efectiva implementación de la “Normativa MERCOSUR” en sus propios ordenamientos jurídicos nacionales y por ende en la región integrada.

Varios son los aspectos que en general han sido abordados por la doctrina especializada en la temática, siendo los principales aquellos referidos a la (i) obligatoriedad; (ii) la incorporación de las normas MERCOSUR; (iii) la vigencia simultánea; y (iv) la publicidad de las normas MERCOSUR, extremos que en parte ya hemos abordado y que analizaremos seguidamente.

Es más aún, la escasa incorporación de la normativa (conjuntamente con la estructura orgánica y los mecanismos de solución de controversias) han sido el blanco de las críticas más severas en cuanto a la falta de profundización (v.g. avance) del propio proceso de integración.

No obstante el análisis que posteriormente se hará, bueno es advertir que la simple referencia numérica a las normas aprobadas en el seno del proceso de integración, es decir por los órganos decisorios del MERCOSUR (artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto), en forma comparativa con aquellas que han sido incorporadas en los 4 (cuatro) Estados Parte del MERCOSUR (miembros plenos), es de corte netamente facilista y notoriamente engañosa para una correcta evaluación.

Varias son las consideraciones que debemos relacionar en función de la afirmación precedente.

Por cierto, no puede desconocerse que el objetivo primario del MERCOSUR se refiere a un esquema integracionista de carácter comercial (que sin lugar a dudas ha tenido derivaciones – a mi juicio - superiores o diversas a las planteadas en su origen o nacimiento), y es en este aspecto (el original, principal o primario) donde la incorporación de las normas ha sido pleno y eficaz por medio del “paraguas jurídico” de la ALADI (a través de los Acuerdos de Alcance Parcial – Acuerdo de Complementación Económica No. 18 y sus Protocolos Adicionales), y específicamente en el Programa de Liberación Comercial, Régimen de Origen y Cláusulas de Salvaguardia (Anexo I, II y IV al Tratado de Asunción).

A ello, se puede añadir sin mayores esfuerzos, el cúmulo de normas MERCOSUR, que su propia naturaleza no requieren incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales (tal cual lo refiere en forma expresa el Protocolo de Ouro Preto en su artículo 42), y que recién se resuelve en forma expresa en el año 2000, por medio de la Decisión No. 20/02, que obliga a los negociadores a determinar en la propia norma (por consenso de los Estados Parte) si es o no necesaria su incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados Partes.

Asimismo, podemos añadir la existencia de normas MERCOSUR, o que se han agotado por su plena ejecución o por el vencimiento de los plazos establecidos en la propia norma (a vía de ejemplo el “Cronograma

¹⁷ Los laudos arbitrales en el MERCOSUR (tanto en el Protocolo de Brasilia como en el Protocolo de Olivos – Mecanismo de Solución de Controversias en el MERCOSUR) no son un precedente obligatorio para los restantes decisores en Sede arbitral, y su aplicabilidad corresponde solamente a aquellos Estados Partes involucrados en la litis o contienda.

¹⁸ Este temperamento nos acerca a soluciones adoptadas en otras latitudes: Comunidades Europeas – TJCE – Asunto Van Gend y Loos del año 1963; Comunidad Andina, TJCA – Proceso 7-98; Integración Centroamericana – CCJ – Sentencia No. 2-24-95.

¹⁹ El texto de los Laudos Arbitrales y específicamente el referido puede visualizarse en la página Web de la Secretaría del MERCOSUR – www.mercosur.org.uy.

de las Leñas), o que han sido derogadas tácitamente por normas posteriores (la técnica jurídica en el MERCOSUR no es la más precisa en este sentido y salvo contadas excepciones, no se indican las derogaciones en forma expresa en la norma que deroga a la anterior, dificultando la tarea del intérprete).

Las consideraciones precedentes no implican desconocer, que la actitud de los Estados Parte, no ha sido la más adecuada en términos de dar cumplimiento al carácter obligatorio de la incorporación de las normas (cuando ello fuera necesario), y que se ha transformado no solamente en una señal de debilidad del proceso (a veces a partir de planteos “simplistas” pero que en esencia responden una actitud no demasiado propulsora del cumplimiento de la previsión del Protocolo de Ouro Preto), sino también en sendas reclamaciones en sede del proceso (véase al respecto, las innumerables Consultas y Reclamaciones en el ámbito de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, y los reclamos que ameritaron la aplicación de los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia).

Las precisiones precedentes se orientan a ubicar en sus justos términos la cuestión planteada, desde un punto de vista genérico o conceptual, siendo imprescindible su abordaje con mayor detenimiento, para evaluar adecuadamente la situación actual al respecto.

No menos cierto es la constante preocupación de los Estados Partes y los negociadores, conscientes de la problemática, de tratar de abordar satisfactoriamente el problema proponiendo soluciones alternativas al incumplimiento reiterado de las previsiones del Protocolo de Ouro Preto al respecto.

Recientemente, y a título ilustrativo, se resolvió por la Decisión No. 7/03, del 17 de junio de 2003, instruir al GMC para que por intermedio del SGT No. 2 “Aspectos Institucionales”, con la participación de los delegados de la Reunión Técnica de Incorporación, elabore un análisis sobre la aplicación directa en los ordenamientos jurídicos nacionales de la normativa MERCOSUR que no requiera tratamiento legislativo en los Estados Partes, cuyo plazo se encuentra determinado en función de la próxima reunión del Consejo del Mercado Común (en principio era para el mes de diciembre de 2003).

La norma citada, es meramente un ejemplo de sucesivas manifestaciones normativas, instruyendo a los órganos auxiliares (especializados en la temática) la presentación de propuestas para superar la problemática planteada, en función del orden jurídico del MERCOSUR (y naturalmente de sus características esenciales que hemos indicado anteriormente).

A nuestro juicio, parece natural y obvio, que la creación de una autoridad de aplicación general en cada uno de los Estados Parte encargada del seguimiento de las instancias previas (viabilidad jurídica de la norma propuesta) y posteriores (impulso para la aprobación), deviene en la solución más conveniente en términos pragmáticos.

La naturaleza intergubernamental condiciona necesariamente toda decisión al respecto, y el origen del tema se sitúa necesariamente en el Tratado constitutivo del MERCOSUR, es decir en el Tratado de Asunción y luego se continúa hasta la actualidad.

B) Relación con el Orden Jurídico de los Estados Partes

En consecuencia, corresponde desarrollar el alcance y consecuencias de la “Normativa MERCOSUR”, por sí y en relación a los ordenamientos jurídicos nacionales o de los Estados Parte.

Al respecto, una primera distinción nos sitúa en el Derecho Originario del MERCOSUR, como fuente jurídica del proceso, y que en el mismo, tiene expresa regulación a partir del año 1994 con la aprobación del Protocolo de Ouro Preto, donde se señalan las “Fuentes Jurídicas del MERCOSUR” (Capítulo V – artículo 41).

Artículo 41.- Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

I – El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;

II – Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;

III – Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión del Comercio del Mercosur, adoptados desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Pues bien, la norma constitutiva (v.g. Tratado de Asunción) nada dice al respecto, y salvo la vigencia propia del Tratado por aprobación parlamentaria en cada uno de los Estados Parte²⁰, y la derivada de la Protocolización en ALADI del Programa de Liberación Comercial, y sus restantes Anexos en lo pertinente (Anexo I, II y IV del Tratado de Asunción), no existen disposiciones expresas sobre el tema en cuestión.

²⁰ La información al respecto puede verse tanto en el Boletín Oficial del MERCOSUR No. 1 - Año 1997, o en la multicitada página web de la Secretaría del MERCOSUR.

Las referencias son genéricas (artículo 10, 13 y 24 del TA), y desde la “impronta” de su intergubernamentalidad como criterio rector, podemos concluir en términos de la necesaria incorporación de la normativa emanada de los órganos decisorios creados por el Tratado constitutivo (en aquél entonces el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común según surge del artículo 9 del Tratado).

Complementariamente, el Protocolo de Brasilia (Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR) de 17 de diciembre de 1991, estableció en forma expresa el alcance de los Laudos Arbitrales emitidos por los Tribunales Ad Hoc conformados en el marco del procedimiento arbitral, al igual que el Protocolo de Olivos²¹

En esta instancia de análisis del Tratado de Asunción, corresponde formular alguna precisión respecto al compromiso de armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, conforme a lo edictado en el artículo 1 de dicho Tratado.

La primera reflexión corresponde al alcance de la expresión “áreas pertinentes”, que serían todas – a nuestro criterio – aquellas que no están incluidas en los Tratados constitutivos del MERCOSUR, y que representen o puedan representar un obstáculo a la formación y consolidación del mercado común (objetivo último del proceso), vale decir a la plena integración económica de los Estados Partes.

En ese sentido, Faria, señalaba que la “armonización de las legislaciones” y la “aproximación de las legislaciones”, son utilizadas en forma indistinta pero que representan operaciones diferentes. En tanto que la armonización “tiene por objeto suprimir o atenuar las disparidades entre las disposiciones del derecho interno, en la medida en que lo exija el funcionamiento del mercado común, lo que implica la alteración de los respectivos contenidos.”²²

Con la aprobación del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR – Protocolo de Ouro Preto – de 17 de diciembre de 1994, el tema tiene expresa definición, aunque no sin interpretaciones diversas en cuanto a su contenido y alcance.

Si bien no se producen variantes a la naturaleza intergubernamental del esquema de integración, existen varias disposiciones relacionadas con los distintos órganos de la estructura institucional (los de carácter decisorio y el de apoyo administrativo), con las fuentes jurídicas del MERCOSUR, y un capítulo específico sobre el tema (Capítulo IV – Aplicación interna de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR).

No obstante ello, y si bien el tema – a mi criterio – se encuentra totalmente resuelto, no menos cierto es que cierta doctrina, llegó a afirmar a partir de las normas que le otorgaban carácter obligatorio a las normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR, la nota de supranacionalidad a las mismas (artículos 9, 15, 20 y 42 del Protocolo).

El carácter obligatorio de las normas MERCOSUR, deviene de la naturaleza del propio proceso de integración y del alcance del Acuerdo constitutivo y sus modificaciones, que fueron consagradas a nivel legal en los Estados Parte en base a la matriz constitucional que los autoriza a asumir obligaciones y ser titular de derechos a nivel internacional y en relación a otros Estados soberanos).

En efecto el principio general establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena, señala que los Tratados deben cumplirse, y por lo tanto las normas emanadas de éstos son obligatorias para los Estados suscriptores del Tratado.

Y ello se ve reflejada en una norma del propio Protocolo, que compromete a los Estados Parte a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 del Protocolo. Se trata de una obligación de cumplir con la incorporación de las normas, para la efectiva implementación del proceso de integración, a partir de la Decisiones, Resoluciones y Directivas de los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR.

Dice el artículo 38 del POP:

“Los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el

²¹ Dice el artículo 21 del citado Protocolo de Brasilia: “1. Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Parte en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ellos fuerza de cosa juzgada.”. Por su parte el artículo 26 del Protocolo de Olivos, expresa: «1. Los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc son obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada si transcurrido el plazo previsto en el artículo 17.1 para interponer el recurso de revisión, éste no fuera interpuesto. 2. Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada.»

²² FARIA, Werther – Métodos de harmonizacao aplicáveis no Mercosul e incorporacao de normas correspondentes nas ordens jurídicas internas” no Mercosul – Seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-membros – Porto Alegre – Livraria do Abogado – 1997 – página 143.

Artículo 2 de este Protocolo.”

“Parágrafo Único. Los Estados Parte informarán a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR las medidas adoptadas ara este fin.

Dentro del texto del Protocolo de Ouro Preto, y sobre la base de la nueva estructura institucional u orgánica del esquema de integración, se preceptúa el carácter obligatorio de las normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR.²³

Así es que el artículo 9 del POP expresa: *“El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Parte.”*, mientras que el artículo 15 del POP señala: *“El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Parte.”*, y por último el artículo 20 del citado Protocolo afirma: *“La Comisión de Comercio del MERCOSUR se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Parte.”*

Es decir entonces, que desde las disposiciones vistas, estamos ante una serie de Normas MERCOSUR, que son obligatorias – naturalmente en el ámbito del proceso de integración y que integran el ordenamiento jurídico del propio esquema de integración – y cuyo alcance en su seno no admite ninguna duda, al que se añade el compromiso asumido por los Estados Parte, de adoptar medidas para su ingreso al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado, o sea aprobar las normas jurídicas necesarias – de conformidad a los requerimientos de su propia estructura normativa – para que las mismas tengan plena vigencia, ya sea de carácter constitucional, legal o reglamentario.

En consecuencia, y desde un primer análisis, las normas del Tratado constitutivo y sus modificativas (al mismo nivel jerárquico) en tanto Derecho Originario del esquema de integración, son obligatorias para los Estados Parte, en el ámbito del Derecho Internacional y por imperio de las disposiciones constitucionales y legales propias de cada Estado Parte.²⁴

Si el planteamiento se realiza en sede de las Constituciones de los Estados Parte del MERCOSUR, la aplicabilidad “directa” (i.e. obligatoriedad) para dichos Estados radica en una obligación de medio, esto es, la adopción de las medidas necesarias para la implementación de las normas MERCOSUR en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Parte.

En la República Argentina, la Constitución (con su reforma del año 1994), establece en el inciso 22 del artículo 75 que “los tratados y convenciones tienen jerarquía superior a las leyes”, con lo cual queda plasmada en forma indubitable el principio de supremacía de los mismos. A su vez, en el inciso 24 del referido artículo, señala que los tratados de integración que delegan competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, tendrán jerarquía superior a las leyes, consagrando la “supremacía” o “primacía” de los tratados.

Sin bien el Tratado de Asunción y sus Protocolos Adicionales no integran esta categoría, en mérito al carácter intergubernamental del esquema de integración, es válida para afirmar la obligatoriedad de los Tratados en relación a los derechos contemplados en los mismos.²⁵

En la legislación brasilera, debe señalar que al aprobar el POP el Congreso Nacional, en el Decreto Legislativo No. 188, deja en claro que *“son sujetos a aprobación del Congreso Nacional cualquier de los actos que puedan resultar en una revisión del referido Protocolo, así como cualquiera de los actos complementarios que, en los términos del artículo 49-I de la Constitución Federal, impliquen actividades o compromisos graves para el patrimonio nacional.”*

Aquí se refleja la obligación de medio a que hacíamos referencia, y es más aún, en sede jurisprudencial, podemos aludir al pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal en el año 1998, cuando afirmó que *“el Protocolo de Medidas Cautelares adoptado por el Consejo del Mercado Común (MERCOSUR), en ocasión de su VII Reunión, realizada en Ouro Preto/MG, en diciembre de 1994, pese a su aprobación por el Congreso Nacional (Decreto Legislativo NO. 192/95), no se encuentra formalmente incorporado al sistema de derecho positivo interno vigente en el Brasil, pues, si bien está ratificado (instrumento de*

²³ Dice el artículo 2 del POP: “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.” (Capítulo I Estructura del MERCOSUR).

²⁴ En contra DALLARI, Pedro quién afirma que en la estructura actual del MERCOSUR, las deliberaciones emanadas de sus diversas instancias no se constituyen, por sí solas, en normas jurídicas en sentido estricto, pero sí en determinaciones políticas que vinculan a los Estados Partes a la promoción de la adecuación en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. (O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro – en “Mercosul – Seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados membros” (organizadora Dra. Maristela Basso) página 114.

²⁵ La República Argentina, a través del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en el año 1992, en el caso Ekmedjian, había reconocido tanto la supremacía de los tratados internacionales en relación al orden interno, como el efecto directo de los mismos en relación a los órganos administrativos y jurisdiccionales.

ratificación depositado el 18/3/97), todavía no fue promulgado mediante decreto, por el Presidente de la República.”

La naturaleza intergubernamental del proceso de integración y de su estructura orgánica institucional (i.e. órganos) condiciona necesariamente toda el régimen aplicable, y el origen del tema se sitúa necesariamente en el Tratado constitutivo del MERCOSUR, es decir en el Tratado de Asunción y luego se continúa - sin variantes en la cuestión - hasta la actualidad.

En consecuencia y al no existir órganos supraestatales o supranacionales, que dicten normas supranacionales o supraestatales, corresponde desarrollar el alcance y consecuencias de la “Normativa MERCOSUR”, por sí y en relación a los ordenamientos jurídicos nacionales o de los Estados Parte.

El Derecho Derivado del MERCOSUR, es decir, las Decisiones, Resoluciones y Directivas, son la forma de manifestarse jurídicamente por parte de los tres órganos decisorios, no existiendo ninguna manifestación del POP, acerca de la naturaleza de las mismas, ni tampoco al grado de prelación que pudiera existir entre ellas.

Naturalmente, la jerarquía del órgano (que tampoco surge en forma expresa) deriva de su integración (esto es por la representación que invisten sus integrantes conforme a la estructura institucional en los Estados Partes) y las competencias que se le atribuye a cada uno de estos órganos.

Esto nos lleva, a considerar al Consejo del Mercado Común como autoridad política máxima dentro de la estructura institucional del MERCOSUR, al Grupo Mercado Común como el órgano ejecutivo (pero con competencias propias), y a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, como desmembramiento del Grupo Mercado Común, en un área específica (i.e. política comercial), estableciéndose una suerte de jerarquía institucional entre dichos órganos de mayor a menor.

A ello se agregan tres aspectos trascendentes en relación a la “Normativa MERCOSUR”, y ellos se refieren en primer término, al concepto de “vigencia simultánea” incorporado por el artículo 40 del POP; en segundo lugar al alcance de la noción “cuando sea necesario” incluida en el artículo 42 del POP, y por último la incidencia de la publicación en el Boletín Oficial de MERCOSUR en la vigencia de la “Normativa MERCOSUR que surge del artículo 39 del Protocolo.

Con relación a la “vigencia simultánea” de las normas emanadas de los órganos decisorios del MERCOSUR (v.g. Derecho derivado) en todos los Estados Parte, se instauró en el POP un “procedimiento especial” en el artículo 40.

Dice el artículo 40 del POP:

“Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

- i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al derecho nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;*
- ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur, comunicará el hecho a cada Estado Parte;*

Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.”

La primera referencia terminológica deviene del término “aprobación” de la norma, es decir que la obligatoriedad de los Estados Partes, nace con el acto formal de aprobar la norma en sede de los órganos decisorios (por consenso y con la presencia de los Estados Partes) del MERCOSUR, y la misma se relaciona con la adopción de las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional.

La obligatoriedad aludida se corresponde con los aspectos antes referenciados, en tanto se trata de una obligación de hacer que tienen los Estados Partes, a partir del dictado del acto normativo en el ámbito del MERCOSUR.

Lo que no surge del texto analizado, es la consecuencia inmediata del incumplimiento de la obligación establecida, y ello tanto para los Estados Partes omisos, como para los particulares que se consideran comprendidos en el otorgamiento de derechos productos de las normas “aprobadas” en sede del proceso, pero que no han sido incorporados al ordenamiento jurídico propio de cada Estado Parte.

La reflexión apunta a concederle sentido a la «vigencia simultánea» preceptuado en el artículo de referencia.

Esto es, a nuestro criterio, una diferencia sustantiva del alcance del procedimiento, dado que para los Estados Partes, el incumplimiento derivaría en la aplicabilidad del artículo 1 del Protocolo de Brasilia (actualmente del artículo 1 del Protocolo de Olivos), mientras que para los particulares la aplicación de los procedimientos previstos para el "Reclamo de los Particulares" tanto en el Protocolo de Brasilia (artículo 25 y siguientes) como en el Protocolo de Olivos (artículo 39 y siguientes), surgiría a partir de la incorporación en los cuatro Estados Parte, sin perjuicio de la eventual promoción de acciones judiciales en el Estado Parte que haya incorporado aisladamente la norma MERCOSUR.

A mayor abundamiento, la vigencia simultánea, aparece como la modalidad para otorgarle una sola fecha de vigencia a la Norma MERCOSUR en el mercado ampliado.

Una técnica legislativa utilizada en los primeros por los Estados Parte (no en su totalidad), fue aprobar la norma MERCOSUR en su ordenamiento jurídico, condicionada su vigencia a la aprobación cuatripartita, y luego de los treinta días de la notificación por parte de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

Esta técnica obligaba a una doble publicación en los diarios oficiales de cada Estado Parte, lo que transformaba el procedimiento interno en sumamente engorroso y costoso.

En consecuencia, el sistema no era el adecuado, dado que una vez incorporada al ordenamiento jurídico de cada Estado Parte, la norma jurídica (de la naturaleza que sea) tiene vigencia en el mismo, máxime que no existen previsiones en las legislaciones de los cuatro Estados Partes que contemplen el procedimiento previsto en el Protocolo de Ouro Preto.

Por otra parte, no se contempla un plazo para la mentada incorporación, lo que deviene en un accionar «obligatorio» para los Estados Partes, pero a su vez «discrecional» en cuanto a la oportunidad.

Este aspecto, ha sido el más criticado - y con razón - en función de que ha permitido, negociaciones débiles, consensos que luego pueden ser obviados, por la simple omisión de internalizar las Normas MERCOSUR, con las consiguientes dificultades en el cumplimiento de los objetivos plasmados en las normas, y la inseguridad e incertidumbre jurídica de todos los actores del proceso.

Bueno es señalar, que los negociadores no han permanecido ajenos a esta problemática, y pese a los esfuerzos realizados, no han podido conformar un sistema que supere la dificultad señalada anteriormente.

A vía de ejemplo y en un orden cronológico, se pueden resumir las siguientes disposiciones:

- La Resolución No. 8/93 solicitó a la Secretaría del MERCOSUR, que en forma trimestral realizara un informe sobre la puesta en vigencia y aplicación de las Decisiones y Resoluciones del MERCOSUR en el ordenamiento interno de cada Estado Parte, informando a su vez a dichos Estados.
- La Resolución No. 91/93, estableció que las Decisiones y las Resoluciones incluirán según corresponde, un artículo en el cual se establecerá por cada Estado Parte: (i) cuales son las autoridades encargadas de adoptar las normas o medidas necesarias para asegurar su implementación; (ii) el tipo de norma requerida para tal fin; y (iii) cuando se pertinente la fecha de entrada en vigor.
- Por su parte, la Comisión Parlamentaria Conjunta, mediante la Recomendación No 4/95, resolvió promover la suscripción de un Protocolo complementario al de Ouro Preto, a los efectos de establecer con precisión las normas que pueden entrar en vigor en forma automática, y aquellas que requieren la recepción por los Estados Partes, y asimismo buscar la aceleración de la internalización de dichas normas.
- La Resolución No. 152/96, estableció las directivas para la elaboración y revisión de los Reglamentos Técnicos MERCOSUR, derogada y sustituida por la Resolución No. 56/02
- Por Resolución No. 22/98, mediante la cual se compele a los Estados Partes, para que realicen los máximos esfuerzos para la incorporación, antes de la celebración de la XXXI Reunión Ordinaria del Grupo Mercado Común, de la normativa MERCOSUR pendiente de ello, debiendo informarse a la reunión referida los avances registrados en tal sentido.
- La Resolución No. 32/98, estableció una serie de pautas para uniformizar, en lo posible los plazos para la internalización de las normas del bloque. Se determina un procedimiento, que comprende el envío a las Secciones Nacionales del Grupo y de la Comisión, con diez de antelación a la realización de la reunión técnica, a los efectos de permitir el análisis interno de la norma y de los trámites necesarios para su incorporación.
- Por Decisión No. 3/99, se solicita a la Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR, para que se efectúen las gestiones necesarias ante los Poderes Legislativos de los Estados Partes, a fin de acelerar los procedimientos internos necesarios para la incorporación de la Normativa MERCOSUR que requiera aprobación legislativa.
- La Decisión No. 23/00, reglamenta los artículos 40 y 42 del POP. Se establece un procedimiento relativo al proceso de incorporación de las normas MERCOSUR.

- La Decisión No. 55/00 prorroga el plazo fijado por el artículo 9 de la Decisión No. 23/00 hasta el 31 de marzo de 2001.
- Por la Resolución No. 6/01, se establecieron las “Directrices para la Elaboración, Adopción y Revisión de Procedimientos MERCOSUR para la Evaluación de la Conformidad”, luego derogada y sustituida por la Resolución No. 56/02.
- La Resolución No. 26/01, indica que las normas MERCOSUR, en el Visto, deberán indicar los fundamentos jurídicos, mientras que en el Considerando, las razones y objetivos, y la parte Dispositiva, la necesidad o no de la incorporación de la norma, y en su caso, el plazo para su internalización.
- La Decisión No. 1/02 por su parte da instrucciones al Grupo Mercado Común, para que elabore propuestas sobre el Fortalecimiento Institucional del MERCOSUR, donde se encuentra incluido el régimen de incorporación de la normativa MERCOSUR.
- La Decisión No. 20/02, uniformizó el trámite previo que deberían seguir las disposiciones, en el seno de cada Estado Parte, antes de ser aprobadas por alguno de los órganos del MERCOSUR
- La Decisión No. 7/03, se requiere el análisis de un mecanismo reglamentario que contemple la situación de aquellas normas que no requieran la aprobación por vía legislativa, posibilitando la incorporación directa.
- La Decisión No. 8/03, regula el sistema de derogaciones de las normas MERCOSUR.
- Luego el Programa de Trabajo 2004 –2006, vuelve a considerar la importancia de la vigencia de la normativa MERCOSUR (Decisión No. 26/03), en cuanto determina: (i) suscribir, en julio de 2004, un instrumento que establezca el procedimiento para la vigencia inmediata de la normativa MERCOSUR que no requiera aprobación parlamentaria, considerando las especificidades de algunas materias tales como las arancelarias; y (ii) considerar, en el año 2004, la propuesta que elabore la CPC relativa al establecimiento del Parlamento del MERCOSUR, de acuerdo con la solicitud realizada por los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR, considerando como una primera etapa, el Acuerdo Interinstitucional suscrito por el CMC y la CPC.
- La Decisión No. 31/04, exceptúa la aplicación de los procedimientos internos establecidos en la Decisión No. 20/02, cuando sean refiera a proyectos de normas relativos a modificaciones de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común y de los Dictámenes de Clasificación Arancelaria, elevados a los órganos decisorios del MERCOSUR.

La *publicación en el Boletín Oficial del MERCOSUR*, como consecuencia de lo expuesto precedentemente tiene efectos exclusivamente informativos, y es más aún, así fue resuelto en forma expresa por los Estados Parte, que admitieron la publicación de las normas MERCOSUR aún cuando las mismas no habían sido incorporadas por todos los Estados, con la consiguiente aclaración en el propio Boletín Oficial del MERCOSUR.

En forma complementaria, tanto en el propio Boletín Oficial como en la página WEB de la Secretaría del MERCOSUR, se encuentran incluidas aquellas normas MERCOSUR, que tienen la incorporación en los ordenamientos jurídicos de los cuatro Estados Parte.

Naturalmente, este mecanismo, ideado por los negociadores, tiene un efecto distorsivo de la realidad jurídica, dado que admite la subsistencia de normas válidas en el ámbito del MERCOSUR, y que no tienen aplicación práctica en los Estados Parte.

De hecho los Estados Parte, por razones políticas, técnicas o jurídicas, han retardado o incumplido con la obligatoriedad prevista normativamente, abusando de su potestad jurídica en cuanto a su implementación (v.g. aprobación al nivel jerárquico que corresponda de acuerdo a su estructura institucional), y motivando las fundadas críticas antes referidas.

Varios ejemplos podemos citar en este sentido, y sin perjuicio de la diversa valoración que se puede realizar de los fundamentos que llevaron a los Estados Parte, a revisar los criterios utilizados por sus negociadores en sede de los órganos intergubernamentales (que aprueban normas que luego no se incorporan), en esencia el temperamento utilizado no es admisible.

El segundo aspecto sobre el que interesa reflexionar alude al concepto “*cuando sea necesario*”.

En este tema, la preocupación original, se centraba en definir el alcance de la frase, habida cuenta de las diversas interpretaciones que a la misma se le atribuían.

Dado que por el artículo 5 de la Decisión No. 23/00 el mismo se ha resuelto – aunque sin mayor fundamentación – y los órganos decisorios del MERCOSUR, lo han venido cumpliendo desde ese entonces, haremos una simple referencia al punto, que a nuestro juicio aún mantiene interés.

El referido artículo 5 de la Decisión referida dice:

“Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR no necesitarán de medidas internas para su incorporación, en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto, cuando:

- a) *los Estados Partes entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR. Este entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente frase: Esta norma (Directiva, Resolución o Decisión) no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR. Estas normas entrarán en vigencia a partir de su aprobación.*
- b) *El contenido de la norma ya estuviera contemplado en la legislación nacional de cada Estado Parte. En este caso la Coordinación Nacional realizará la notificación prevista en el Artículo 40 (i) en los términos del Artículo 2 de esta Resolución, indicando la norma nacional ya existente que incluya el contenido de la norma MERCOSUR en cuestión. Esta comunicación se realizará dentro del plazo previsto para la incorporación de la norma. La SAM comunicará este hecho a los demás Estados Partes.*

Decíamos que existieron distintas interpretaciones acerca del alcance de la expresión utilizada en el Protocolo, y ellas se relacionaban con la distinción entre aquellas normas MERCOSUR que era necesario incorporar a los ordenamientos jurídicos, de aquellas normas que por tratarse de temas internos o propios del funcionamiento del esquema de integración no lo requerían.

Por otra parte, se señalaba que existían normas MERCOSUR que en si bien requerían incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales porque tenían efecto en el orden interno de los Estados Parte, la distinción provenía de que existían situaciones en las cuales las normas internas de uno o varios Estados ya las tenían incorporadas con el alcance y contenido de la norma MERCOSUR, y por lo tanto carecía de sentido su internalización.

Lo cierto es que en términos de ordenamiento del sistema normativo del MERCOSUR, la Decisión antes referida, establece pautas para definir el alcance del término “cuando sea necesario” del Protocolo de Ouro Preto, y permite asignar certeza., por lo menos, en el ámbito de los negociadores y decisores del MERCOSUR.

La *participación de la Secretaría del MERCOSUR*, en el procedimiento indicado, se limita a cumplir funciones netamente administrativas, en cuanto receptora de las comunicaciones de los distintos Estados Partes de haber cumplido con la internalización correspondiente (y acompañar el documento que así lo avale), y una vez recibidas las cuatro comunicaciones (de los Estados miembros), realizar la notificación conjunta, para la vigencia simultánea treinta días después de comunicado el hecho (i.e. cuarta incorporación).

Asimismo, consideramos necesario hacer alguna consideración sobre las Decisión No. 8/03, del 17 de junio de 2003, caratulada como “*Procedimiento para la derogación de Normas MERCOSUR*”, fundada en la “importancia de la consistencia del sistema normativo del MERCOSUR”, y la “necesidad de garantizar una mayor previsibilidad y seguridad jurídica al proceso de incorporación de normas emanadas de los órganos del MERCOSUR.”.

En el artículo 1, se señala:

“Salvo disposición expresa en contrario, la aprobación de una norma MERCOSUR que derogue otra norma MERCOSUR, que a su vez derogaba otra anterior no incorporada por todos los Estados Partes, no hace renacer la obligación de incorporar la más antigua para aquellos países que no lo hubieran hecho.

La entrada en vigor de la última norma MERCOSUR aprobada implicará la derogación de todas las anteriores vinculadas.”

Por su parte, el artículo 2 reza:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo anterior, mientras una norma que derogue una o más normas anteriores no entre en vigencia de acuerdo con el Artículo 40 del POP, continuarán vigentes las normas anteriores que pretendan derogarse, siempre que hubieren sido incorporadas por los cuatro Estados Parte.”

El artículo 3 por último, expresa:

“Cuando una norma MERCOSUR tuviere por objeto exclusivo la derogación de una o más normas anteriores que no hubieren sido incorporadas por algún Estado Parte, la norma derogatoria deberá ser incorporada solamente por los Estados Partes que hubieren incorporado la norma anterior que pretende derogarse. Ello deberá ser expresado en el texto de la norma cuyo objeto es derogar una o más normas anteriores, mediante la cláusula de incorporación prevista en el Artículo 12 de la Decisión CMC No. 20/02.”

La norma aludida, nos parece carente de toda técnica jurídica (no estamos hablando de preciosismo jurídico) y de rigor científico del punto de vista jurídico, y confunde “obligatoriedad” con “vigencia”, conceptos distintos y con alcance jurídico diverso.

El MERCOSUR no se ha caracterizado durante su desarrollo de una precisión jurídica (que a todas luces se torna imprescindible), y esto es quizás la mayor expresión de esa afirmación.

Desde sus inicios hasta la actualidad, el MERCOSUR ha venido aprobando normas MERCOSUR derogatorias (en forma parcial o total) de normas anteriores, sin expresión alguna en las mismas. Vale decir, la técnica jurídica se basó en la superposición de normas en el tiempo, con las consiguientes dificultades interpretativas y de integración del ordenamiento jurídico del MERCOSUR, agravado por la falta de incorporación de las normas MERCOSUR, o la internalización parcial de las mismas, lo que generaba un “caos jurídico” que nada bien le hacía al proceso de integración.

El reclamo por una mayor precisión jurídica debió tener otra respuesta, a la ensayada y aprobada por la Decisión referida anteriormente.

En ese sentido, no es válido derogar lo que no ha tenido vigencia.

Si la norma MERCOSUR fue aprobada o adoptada en el seno del MERCOSUR, la misma debe ser “dejada sin efecto”, en el mismo ámbito que se dictó, porque la nota caracterizante, según venimos de ver, en el proceso de incorporación de normas MERCOSUR, se encuentran en la obligatoriedad de los Estados Parte, de adoptar las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado Parte, y no más allá de esto.

En consecuencia, si de vigencia estamos hablando, la misma se concretiza, a nivel nacional de cada Estado Parte, cuando esta se incorpora (sin reservas o condicionamientos de plazos o en relación a la aprobación cuatripartita), y su modificación (v.g. derogación) es una potestad del propio Estado Parte en su ámbito interno.

Asimismo, la vigencia se plasma, de acuerdo al Protocolo, en términos de simultaneidad, cuando los cuatro Estados Partes la internalizan y luego de los 30 días de la notificación de la última (o cuarta) incorporación al ordenamiento jurídico nacional por parte de la Secretaría del MERCOSUR, esto es, cuando se cumple el procedimiento establecido en el artículo del POP, y no antes.

Allí sí es procedente la derogación de la Norma MERCOSUR en su propio ámbito, y la correspondiente norma (disposición constitucional, legal o reglamentaria) que la internaliza en el orden jurídico nacional.

Sobre esta base errónea, las restantes disposiciones de la norma transcrita, no hacen otra cosa, que aumentar la confusión interpretativa del sistema normativo del MERCOSUR.

Por último, dos o tres consideraciones puntuales.

Ha sido una constante que en el MERCOSUR, los órganos decisorios utilicen mecanismos inadecuados para adoptar «decisiones», que devienen obligatorias para el desarrollo del proceso.

En efecto, se asiste con frecuencia, a la inclusión en las Actas de las Reuniones de los órganos decisorios, de disposiciones que tienen un efecto similar a la normativa MERCOSUR, extremo totalmente inaceptable e inadecuado del punto de vista jurídico.

Por otra parte, también hemos asistido a situaciones francamente irregulares, en cuando a la modalidad normativa empleada para la adopción de determinadas «decisiones», en abierta contradicción con las reglas impuestas por el Derecho Originario.

Algunos ejemplos nos permiten esclarecer la afirmación precedente. Obsérvese la creación de la Comisión de Comercio del MERCOSUR por Decisión del Consejo del Mercado Común, cuando ello - por tratarse de un órgano de carácter decisorio - requería el procedimiento que luego se utilizó para su regulación jurídica (i.e. Protocolo de Ouro Preto); o también podría citarse la modificación - por medio de una Decisión del Consejo del Mercado Común - del mandato del Director de la Secretaría del MERCOSUR, cuando el mismo se encuentra establecido en el Protocolo de Ouro Preto (que fue objeto de aprobación legislativa en los Estados Partes).

Asimismo, la dispersión orgánico institucional del MERCOSUR, no es ni conveniente ni armónica o sistematizada. La diáspora de ámbitos de negociación, que permanecen en el tiempo, en ocasiones sin contenido alguno, no es un buen indicador de una gestión adecuada.

C) Los Laudos Arbitrales

Reiterando expresiones ya vertidas en este documento, el contenido de los laudos arbitrales dictados por los Tribunales Ad Hoc al amparo del Protocolo de Brasilia, al igual que el emanado del Tribunal Permanente de Revisión, conforme a lo dispuesto en el Protocolo de Olivos, tienen el efecto de cosa juzgada entre las Partes en la controversia, y no representan un criterio obligatorio para el accionar de los distintos Tribunales.

Sin embargo, no menos cierto, es que se tratan de criterios de interpretación de la normativa vigente en el ámbito del MERCOSUR, y contienen elementos fundamentales en el análisis de la normativa MERCOSUR, en consonancia con el impacto político y jurídico que los mismos revisten.

Al respecto, y con directa relación a los temas desarrollados anteriormente, haremos breves referencias, de las resultancias de los mentados laudos arbitrales, a los efectos de una mejor comprensión del estado de situación del ordenamiento jurídico del MERCOSUR.

Con la finalidad de presentar un resumen orientador, los Laudos Arbitrales dictados por Tribunales Arbitrales Ad Hoc (en el marco del Protocolo de Brasilia) hasta la fecha, han sido los siguientes;

PRIMER Laudo Arbitral (28 de abril de 1999) – Reclamación de la República Argentina (parte reclamante) a la República Federativa de Brasil (parte reclamada), por “Aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, por los Comunicados No. 37/97 de 17 de diciembre de 1997, y No. 7/98 de 20 de febrero de 1998, del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX), y de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX)”.

SEGUNDO Laudo Arbitral (27 de abril de 1999) – Reclamación de la República Argentina (parte reclamante) a la República Federativa del Brasil (parte reclamada), por “Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo.”, y Aclaración del Laudo Arbitral.

TERCER Laudo Arbitral (10 de marzo de 2000) – Reclamación de la República Federativa del Brasil (parte reclamante) a la República Argentina (parte reclamada), por “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles según Resolución No. 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.”, y Aclaración del Laudo Arbitral.

CUARTO Laudo Arbitral (21 de mayo de 2001) – Reclamación de la República Federativa de Brasil (parte reclamante) a la República Argentina (parte reclamada), por “Aplicación de medidas antidumping sobre la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil (Res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina.”, y Aclaración del Laudo Arbitral.

QUINTO Laudo Arbitral (29 de setiembre de 2001) - Controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte reclamante) y la República Argentina (Parte reclamada) sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”, y Aclaración del Laudo.

SEXTO Laudo Arbitral (9 de enero de 2002) - Controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte reclamante) y la República Federativa del Brasil (Parte reclamada) sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay”

SETIMO Laudo Arbitral (19 de abril de 2002) – Controversia entre la República Argentina y (Parte reclamante) y la República Federativa del Brasil (Parte reclamada), sobre “Obstáculos al ingreso de Productos Fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño, No Incorporación de las Resoluciones GMC Nos. 48/96, 87/96, 149/96 y 71/98, que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR”.

OCTAVO Laudo Arbitral (21 de mayo de 2002) – Reclamación de la República del Paraguay (Parte reclamante) a la República Oriental del Uruguay (Parte reclamada), por “Aplicación del Impuesto Específico Interno (IMESI) a la comercialización de cigarrillos originarios de Paraguay.”, y Aclaración del Laudo Arbitral.

NOVENO Laudo Arbitral (4 de mayo de 2003) – Reclamación de la República Argentina (Parte reclamante) a la República Oriental del Uruguay (Parte reclamada), por “Incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por la Ley No. 13.695 y Decretos complementarios, con la Normativa MERCOSUR, que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona.”

DECIMO Laudo Arbitral (5 de agosto de 2005) - Reclamación de la República Oriental del Uruguay (Parte reclamante) a la República Federativa del Brasil (Parte reclamada), por «Medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco.»

Conforme a lo señalado precedentemente, podemos indicar los siguientes aspectos:

(i) La afirmación de que las normas del MERCOSUR, tanto originarias como derivadas, constituyen un “conjunto normativo”, en el sentido de que existe un ordenamiento jurídico en el MERCOSUR, y consecuentemente con sus propios métodos de interpretación, fines y objetivos, denotando la existencia de una serie de elementos que conforman un orden jurídico, aunque no se estaría frente a un Derecho acabado sino en formación, es recogido por el Primer Laudo Arbitral (numerales 49, 50 y 57).

(ii) Por otra parte, la posibilidad de que en *ausencia de normas específicas* en el MERCOSUR, el mentado ordenamiento jurídico del MERCOSUR permite encontrar la respuesta, en función de los objetivos y fines implícitos que tiene el proceso de integración, también surge del Primer Laudo Arbitral (numeral 49 y 58).

(iii) Asimismo, la incompatibilidad de las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales, es otro de los criterios receptados en el Primer Laudo Arbitral (numeral 62), y Tercer Laudo Arbitral (literal H.3).

(iv) El análisis de las normas desde la óptica de los fines y objetivos del Tratado de Asunción, que se concretizan en la creación de un mercado común con los requisitos establecidos en el artículo 1 del Tratado,

y como consecuencia de ello, la superación de todos aquellos obstáculos al libre comercio recíproco, es otro de los elementos utilizados por el Primer Laudo Arbitral; el Octavo Laudo Arbitral (Considerando); y Nove-no Laudo Arbitral (numeral 46).

(v) La existencia de normas autoejecutables, es un criterio reflejado en el Primer Laudo Arbitral, refiriéndose específicamente a los cinco Anexos al Tratado de Asunción (numeral 66); y en el Octavo Laudo Arbitral (Considerando literal B).

(vi) La aplicabilidad del pacto sunt servanda y la ejecución de buena fé de los Tratados, es otro de los puntos contemplados en los Laudos Arbitrales (Primer Laudo Arbitral – numeral 56) (Sétimo Laudo Arbitral – numeral 8.10).

(vii) La aplicación del sistema del Tratado de Asunción debe realizarse, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional en tanto fuente normativa, según surge del Primer Laudo Arbitral (numerales 58 y 64); del Segundo Laudo Arbitral (numeral 56); y del Tercer Laudo Arbitral (literal II.A).

(viii) La circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios, se afirma en el Segundo Laudo Arbitral (numeral 55).

(ix) La generación de responsabilidad del Estado Parte que incumple con la obligación incorporar la normativa MERCOSUR (obligación de hacer), se consagra en forma expresa en el Cuarto Laudo Arbitral (numerales 116 y 117); en el Sétimo Laudo Arbitral (numeral 7); y en el Octavo Laudo Arbitral (Considerando).

(x) Con relación al plazo (i.e. inexistencia) para proceder a la internación de la normativa MERCOSUR, existen pronunciamientos expuestos basados en la aplicación de un “plazo razonable”, basado en el principio de razonabilidad, prudencia, causalidad y proporcionalidad. Al respecto el Sexto Laudo Arbitral (Considerando B, numeral 1, literal c); y el Sétimo Laudo Arbitral (Numeral 8 en su totalidad).

No hemos pretendido ser exhaustivos en el análisis realizado, simplemente la intención fue abordar alguno de los temas principales que se incluyeron en el presente trabajo.

D) Resumen

De acuerdo con lo que viene de analizarse, el MERCOSUR en tanto proceso de naturaleza intergubernamental, requiere necesariamente que las normas MERCOSUR, aprobadas por los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR – en principio – deben ser receptadas por los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, y éstos tienen la obligación de proceder en consecuencia, implementando las acciones y medidas necesarias con dicho objetivo.

Decíamos en principio, en virtud de que el propio Protocolo de Ouro Preto, dispone que la obligatoriedad se aplica “cuando es necesario”, esto es, admite situaciones en las cuales no es necesario proceder a la incorporación de las Normas MERCOSUR a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes.

Las dificultades interpretativas de la expresión antedicha, determinaron la aprobación de la Decisión No. 23/00, que determinó en que situaciones no debía internalizarse la Normativa MERCOSUR, extremo que ya hemos analizado.

En consecuencia, a partir de estas consideraciones previas, y ante alguna de las Normas MERCOSUR (Decisiones, Resoluciones o Directivas aprobadas por consenso en el ámbito del Consejo del Mercado Común, del Grupo Mercado Común y de la Comisión de Comercio del MERCOSUR respectivamente), que deba ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, nace la obligatoriedad de éstos de adoptar las medidas o acciones necesarias a esos efectos (i.e. obligación de hacer).

Sin embargo, es interesante señalar que de acuerdo a la regulación vigente en el MERCOSUR, existe un proceso interno en el ámbito del proceso de integración, en forma previa a la aprobación de la norma por los órganos decisorios (Decisión No. 20/02), análisis que no se realizará en este documento.

Por lo tanto, en cada Estado Parte, se realizarán los trámites (constitucionales, legislativos, reglamentarios) necesarios para la adecuación de ordenamiento jurídico a lo aprobado en el seno del MERCOSUR.

En este sentido, la relación directa es con el contenido de la norma, y no con el tipo de norma (Decisión, Resolución o Directiva), porque es allí donde se encuentra el fundamento del rango jurídico de la norma que deberá utilizarse para la mentada adecuación normativa en lo interno de cada Estado Parte.

En nuestro país se utiliza en el marco de los acuerdos que se protocolizan ante ALADI, el procedimiento estatuido en el Decreto No. 663/985 de 27 de noviembre de 1985, que como reglamento de ejecución del

Decreto Ley No. 15.071 de 14 de octubre de 1980 que ratificó el Tratado de Montevideo de 1980 (creador de la ALADI), habilita a que los compromisos internacionales suscritos en el marco jurídico de la ALADI en materia de Acuerdos de Alcance Regional y Acuerdos de Alcance Parcial (comerciales, de complementación económica, agropecuarios, de promoción del comercio o de otras modalidades) tenga vigencia a partir de la fecha que se haya establecido en los respectivos protocolos (artículo 1) siendo suficiente la simple comunicación a las autoridades pertinentes del Uruguay (artículo 2), pero que a nuestro juicio no significa la incorporación que exige el Protocolo de Ouro Preto en todas las situaciones, específicamente en aquellas que rebasan el ámbito propio del Tratado de Montevideo, señalándose a su vez que esta norma reglamentaria no se encuentra en la normativa de los restantes Estados.²⁶

Naturalmente, que esta circunstancia asimismo, deberá atender a la organización estatal de cada uno de los Estados Partes, y esta acotación se justifica en tanto la República Argentina y la República Federativa del Brasil son Estados Federales, mientras que la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay son Estados Unitarios.

Siguen como asignaturas pendientes del MERCOSUR, las consecuencias del incumplimiento por parte de los Estados Partes en la incorporación de las normas MERCOSUR – independientemente de los resultados derivados de los laudos arbitrales – así como la inexistencia de plazos efectivos para que se proceda a la internalización de las normas MERCOSUR.

Asimismo, podemos indicar la excesiva dispersión normativa en el ámbito del MERCOSUR, aunado a la ausencia de criterios técnicos (del punto de vista jurídico) en el dictado de las normas (visto, considerandos, atento y hasta en la parte dispositiva), que demuestran la incompletitud de la norma emanada de los órganos decisorios del MERCOSUR.

Por otra parte, la dificultad de acceder a la normativa MERCOSUR en forma eficaz, esto es, conocer en forma eficaz: lo vigente en cada Estado Parte (es decir lo que no está derogado) y lo vigente en forma simultánea, aspectos que también dificultan la interpretación e integración del Derecho de la Integración en el MERCOSUR y por ende el cumplimiento de la norma (es decir la eficacia y la eficiencia).

No se desconoce, que recientemente el MERCOSUR aprobó por Resolución No. 8/05 de 15 de abril de 2005, modificando el artículo 12 de la Resolución No. 26/01, el carácter público de los proyectos de norma negociados en el ámbito de los órganos del MERCOSUR, salvo que algún Estado Parte estime necesario atribuirle carácter reservado.

Pues bien, instrumento de la mayor importancia que bien aplicado significará un avance sustantivo en términos de acceso a la información en el ámbito de negociación, en un proceso de integración, donde la participación de la sociedad civil (del sector privado) no es un elemento que caracterice al MERCOSUR.

Válido es razonar que en estas circunstancias, importa sobremanera la voluntad política de cada uno de los Estados Partes y de todos en conjunto, para superar las dificultades señaladas, y realmente poder avanzar sobre el desarrollo del ordenamiento jurídico del MERCOSUR.

La transformación de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en una Secretaría Técnica - pese a las observaciones de índole jurídico que se le podría asignar a esta transformación «en los hechos» y no «en las normas» - permite alentar alguna expectativa cierta para que se propongan soluciones, que naturalmente deberán ser aceptadas por los Estados Partes, que permitan - aún en la intergubernamentalidad del esquema de integración - consagrar un régimen adecuado en materia de incorporación de normas derivadas de los órganos decisorios del MERCOSUR, en los ordenamientos jurídicos nacionales de cada Estado.

Esto, sin lugar a dudas, otorgará al proceso, certeza y seguridad jurídica, al igual que facilitará la aplicación de la normativa en el mercado ampliado, evitado innumerables asimetrías y conflictos entre los protagonistas del proceso de integración.

²⁶ En nuestro país se utilizó el mecanismo de la protocolización ante ALADI, y su comunicación a los organismos estatales, aplicando el Decreto No. 663/985 de 27 de noviembre de 1985, extremo que objeto de impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (agotada la vía administrativa) por modificar disposiciones legales por medio de un acto administrativo, que fue resuelto favorablemente por el citado Tribunal acogiendo la impugnación realizada. Para un análisis del tema, ver FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia en «El Sistema Normativo del MERCOSUR y el uso de los Acuerdos de Alcance Parcial para regular el Transporte Regional» en La Integración Hacia el Siglo XXI, Editorial EDUCAT, Pelotas, Brasil, Año 1996, página 458 y siguientes.