

EL ORIGEN, LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCOSUR

Jorge Luis SALOMONI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El origen*. III. *La organización*. *Los órganos comunitarios*. IV. *El funcionamiento*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas comunitarios se encuentran dentro de un proceso histórico de conformación de nuevos paradigmas que alteran la concepción tradicional sobre la que se asentó el Estado-nación. Lejos estamos del Estado soberano y del ejercicio de sus potestades en los términos de su constitución originaria. La internacionalización de los ordenamientos jurídicos nos enfrenta a una nueva realidad que debe ser tematizada.

Para ello, resulta muy esclarecedora la construcción del maestro Sabino Cassese sobre lo que considera el fenómeno, más amplio que el del proceso de integración, denominado de los ordenamientos globales o 'global governance'. En efecto, entiende que las características de tal ordenamiento pueden describirse de la siguiente manera: 1. Responde a la exigencia de controlar la globalización. 2. El fenómeno se afirma en un arco de tiempo breve: medio siglo, si se excluye la fase de preparación (sin que se haya alcanzado aún la fase de la madurez). No se ha formado por superposiciones, sino por cooperación. Sus problemáticas principales no son las de la soberanía, las relaciones centro-periferia, la representatividad, sino el de las decisiones conjuntas, la colaboración y el *rule of law*. 3. Se presenta como un agregado de organizaciones generales y sectoriales y de acuerdos. No sólo no hay una supremacía y un soberano, sino que ni siquiera existe una estructura definida. 4. Tiene carácter compuesto. Allí se encuentran, yuxtapuestos, interdependientes, o integrados, según los casos,

elementos jurídicos diversos, estatales, internacionales y supranacionales (de la Organización de las Naciones Unidas —que es una familia de instituciones— a la Organización Mundial de Comercio, a las organizaciones nacionales —como la Unión Europea y el Mercosur— a las cumbres del G8, a los centenares de organismos sectoriales —para el correo, el tráfico aéreo, la sanidad, etcétera—, hasta las organizaciones informales, con sus ramificaciones estructurales o funcionales en los Estados o a nivel aún inferior). Estos últimos no se superponen a los primeros, arrollándolos, como lo hizo el derecho del Estado respecto al derecho de los poderes locales, corporativos, intermedios y secundarios preexistentes. 5. Es de orden funcional. Mientras los ordenamientos generales precedentes, los Estados se erigieron como defensores de valores religiosos y morales, los ordenamientos generales y especiales globales pretender gobernar valores económicos y materiales (sanitarios, meteorológicos, alimentarios, etcétera).¹

En un concepto más restringido, también es posible afirmar que transitamos, aún hoy, un largo periodo que, como bien lo explica Zagrebelsky, se lo puede caracterizar como de “transformación de la soberanía” —tanto externa como interna en mi concepción—, esto es, por un lado, el desdibujamiento, la pérdida de claridad del concepto que fundó, y sobre el que se asentó, la construcción nacional e individual del derecho público decimonónico,² y por otro lado, la consiguiente incerteza sobre su configuración

¹ Y concluye: “En definitiva, en el ‘global governance’ juega un rol dominante la administración, más que la política. Por ello para ésta no se plantean problemas propios de los cuerpos políticos de los Estados, como aquellos de la ciudadanía, la representación, la democracia, sino más bien los del ‘rule of law’, ‘expertise’, ‘accountability’, ‘speed’, ‘fairness’, ‘due process of law’, transparencia. De ello deriva que es vano detallar los caracteres de la democracia política (derecho de voto, elecciones, Parlamento, mayoría y oposición, referendium, partidos políticos, derecho de petición) y buscarlos —sin encontrarlos— en los ordenamientos globales o sus partes. Distinto es el caso de aquella parte del ‘global governance’ que comienza a implicar problemas políticos. Pero aun aquí es difícil que se repita la experiencia de los Estados nacionales, con sus dos componentes esenciales, aquel rousseauniano (la democracia política) y el montesquiano (la división de poderes y las garantías). Mientras se puede estar seguro que la vía del poder político global no sea la misma de la de los Estados nacionales, es difícil decir, en el momento actual, cuál podrá ser. Esto será uno de los más fascinantes problemas de los próximos años”. (Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, especialmente pp. 19 y 20).

² “Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas (de la soberanía), tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder

actual y futura, y la ausencia de principios e instituciones nuevas o reconstruidas que refunden la legitimidad del sistema jurídico.³

Una de las primeras consecuencias de tal transformación, se verifica en la crisis o transformación, a su vez, del concepto de ley, en cuanto a su modo de producción. La ley nacional, dictada por el órgano democrático previsto en la Constitución, elegido por el pueblo, sufrirá modificaciones o abrogaciones por la interferencia de un órgano comunitario, que no reunirá ninguna de las características mencionadas para el Congreso o parlamento de cada país, pero que impondrá su norma de jerarquía superior por sobre la norma nacional.⁴

La otra consecuencia será en el plano de la aplicación de la norma jurídica. Los diversos tratados supranacionales, internacionales y/o comunitarios incorporados a los ordenamientos nacionales, establecen la jurisdicción supranacional —arbitral o judicial— para la resolución de los conflictos, modificando sustancialmente el paradigma decimonónico que establecía que la Corte Suprema o tribunal superior de cada país era el que en definitiva resolvía un caso donde se discutieran normas nacionales o se

alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de ‘contextos’ que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen”. (Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, pp. 11 y 12, Madrid, Trotta, 1995).

³ Una descripción del mundo que vivimos ha sido lucidamente realizada de la siguiente manera: “Una organización militar multinacional interviene en un conflicto étnico interno de un Estado. Un tribunal de las Naciones Unidas juzga y condena a personas responsables de crímenes de guerra y contra la humanidad, cometidos dentro sus países. Una corte inglesa considera que el ex jefe de un Estado extranjero puede ser extraditado y sometido a juicio de una corte española por crímenes contra la humanidad cometidos en su país. Una empresa francesa se dirige a la Unión Europea para asegurarse que las autoridades italianas le den una licencia de telecomunicaciones. Estos y otros ejemplos demuestran que el mundo no presenta ya barreras insuperables; hasta el siglo XIX, repleto de Estados, lleno de ordenamientos ultraestatales, y en la actualidad los Estados perdieron la exclusividad que le es propia”. (Cassese, Sabino, “Ordenamientos Internacionales, Organizaciones Supranacionales”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 9, enero-abril de 1999, p. 15).

⁴ Para un lúcido y exhaustivo análisis de la transformación del concepto de ley, véase De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, especialmente, pp. 73 y ss.

hubiere generado en su jurisdicción, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, indistintamente.⁵

En la República Argentina, tanto la reforma constitucional de 1994, como los diversos tratados incorporados a nuestro ordenamiento, han positivizado tales transformaciones.

En efecto, el artículo 75, inciso 24, de la Constitución reformada, introdujo la potestad, al Congreso nacional, de delegar en órganos supraestatales sus competencias originarias. Ello constitucionalizó definitivamente el proceso de integración regional que se está llevando a cabo a través del Mercosur. Por su parte, el artículo 75, inciso 22, estableció que los tratados tienen supremacía por sobre las leyes nacionales y le otorgó a ciertos tratados de derechos humanos jerarquía constitucional, es decir, los integró a su plexo normativo de Declaraciones, Derechos y Garantías. Ello no significa otra cosa que la apertura a la supremacía del ordenamiento internacional por sobre nuestro ordenamiento jurídico.

De ahí la importancia, en lo que aquí interesa, de un proceso de integración, que puede significar un intento de construcción de un nuevo derecho público, fundamentalmente el administrativo, que tienda a establecer, a clarificar, a cartografiar en definitiva, el nuevo rumbo. Ello en función de un nuevo modelo de Estado y de una nueva o reformulada relación de ese Estado con otros Estados, y con la sociedad y el individuo pertenecientes al mismo.

Pero, por otro lado, y como he sostenido con anterioridad,⁶ todo proceso de integración regional constituye, fundamentalmente, un proceso cultural.⁷ De ser válida tal afirmación, ello implica necesariamente, que la

⁵ La prórroga de jurisdicción no es nueva en el ordenamiento jurídico argentino. Pero tal prórroga operaba como excepción. Hoy en cambio opera como regla en la mayoría de los conflictos que pudieran suscitarse en las diversas relaciones jurídicas que puede entablar un nacional o extranjero en la República Argentina. Prueba de ello lo constituyen la Convención Americana de los Derechos Humanos a través de la Corte Interamericana de los Derechos humanos, los Tratados de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras a través del Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, etcétera.

⁶ Salomoni, Jorge Luis, "Reforma del Estado y Mercosur". Hacia la construcción de un derecho público comunitario", varios autores, *Temas de integracao com enfoques no Mercosul*, vol. I, dirigida por Carlos Alberto Gomes Chiarelli, Sao Pablo, LTR, 1997, pp. 214 y ss.

⁷ Es muy importante la visión de Jacques Delors, ex-presidente de la Comunidad Europea, en punto al origen del proceso de integración europeo: "Conocerán ustedes quizás

integración sólo podrá realizarse cuando se vaya conformando un sistema de valores comunes entre los actores del proceso, que incluye una visión del mundo en el que se vive y hacia el cual se pretende ir, y que el propio proceso sea internalizado como bueno por esos mismos ciudadanos de los países miembros de la unión.⁸ Ello podrá ser posible, a su vez, cuando la interacción comunicativa entre los individuos —cualquiera sea su posición social, política, económica, intelectual— vaya produciendo ese sistema axiológico, y además, éstos vislumbren, y se generen en la realidad, mejores condiciones de vida respecto a las que tenían en el pasado. Esto constituye un nuevo proceso de legitimación de un estadio superior de organización como es la unión, sea ésta, aduanera, económica o política.⁹

estas palabras que le pido prestadas a Jean Monnet, pero que en realidad nunca fueron dichas: ‘Si habría que hacerlo de nuevo comenzaría por la cultura’...La convicción, premonitoria, era que una etapa de la construcción europea se estaba produciendo: la de una aventura elitista, esencialmente económica, que consistía en pasar de una estrategia del pequeño escalón a la de un verdadero proyecto político y cultural. Y no se trataba solamente de colgar una cortina cultural sobre un fondo económico, como quien agrega azúcar para disimular la amargura de una poción o, si prefieren, como colocar una cereza sobre una torta opulenta”. (“Al principio era la economía...”, *Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, núm. 196, diciembre de 1993, pp. 85). No hay que olvidar que: “La cultura aparece en la sociedad con ese carácter más o menos unitario que confiere un sistema de referentes de la identidad en el seno de una comunidad”. (Llamas, Ángel, “Cultura y sociedad. Exponentes de una visión desde la crisis de la cultura”, Varios autores, *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 1996, p. 239). Para un concepto de integración regional que incluye el vector económico y el de identidad cultural y nacional, véase Sánchez, Alberto M., “El impacto de la integración regional en los servicios públicos”, Varios autores, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 502 y 503.

⁸ Tomando la perspectiva de las élites dirigentes europeas, se ha dicho que: “Al margen de los nobles ideales de sus visionarios fundadores, la evolución desde la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1952 hasta la Unión Europea en los años noventa puede explicarse casi por completo en términos de un *modus vivendi*: la integración constante ha tenido lugar en gran medida porque la clase política de cada Estado creía que era en interés de su propio país. No hay nada inusual en esto; por el contrario, sería raro que Estados independientes estuvieran deseosos, a primeras, de negociar su soberanía en favor de arreglos federativos sobre una base distinta del interés nacional”. (Norman, Wayne J., “La construcción de una Unión Federal Europea. Una perspectiva filosófica-política”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, España-México, núm. 7, 1996, p. 63).

⁹ Sobre la organización comunitaria y su relación con los ciudadanos, es interesante la observación de Eduardo García de Enterría con referencia a Europa y luego del Tratado de Maastrich: “Hay que decir que hoy estamos ante una opacidad manifiesta del sistema institucional europeo ante la opinión pública... Hay que decir que esa opacidad, esa oscu-

La dimensión cultural es uno de los más importantes problemas de la integración: sin cultura común no hay real integración. América Latina tiene, en igual magnitud, por un lado, una ventaja comparativa con los otros bloques regionales del mundo, ya que su raíz cultural es semejante, su lengua es casi única, sus ordenamientos jurídicos reconocen las mismas fuentes; y por el otro lado, una desventaja comparativa, que consiste una situación de indigencia casi generalizada, que provoca una pobreza de la cultura, y una anomia social que impide el establecimiento de reglas, mirando los esfuerzos individuales y colectivos de progreso económico, social, político, en definitiva, cultural.

Entonces, y porque el derecho es cultura,¹⁰ el gran desafío de la hora actual para los juristas de América del Sur, lo constituye el abordar el problema de las bases jurídicas del proceso de integración en general, y del Mercosur en particular, así como también sobre el fenómeno más comprensivo y abarcador que constituye el *global governance*.

Sentadas esas premisas, el objetivo que persigo en el presente, es tratar de describir las diversas cuestiones que están implicadas en el mencionado

idad, esa incomprendibilidad que el sistema actual europeo presenta frente a los ciudadanos es una objeción no meramente estética; por el contrario, se trata de una objeción política central al sistema. Tales condiciones en un sistema político llevan a éste a una deslegitimación democrática pura y simple. Si los ciudadanos no comprenden, no hacen suyas las decisiones europeas, no se sienten implicados en ellas, la democracia quiebra en su resorte principal. Y tal desinterés se ha mostrado con la mayor claridad, por ejemplo, en las últimas elecciones al Parlamento Europeo..." ("El Proyecto de Constitución Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 45, 1995, p. 17).

¹⁰ "El derecho forma parte del mundo de la cultura puesto que a través de la objetivación, por medio de mandatos, con origen en conductas humanas, de pautas de vida social, pretende orientar la conducta de los hombres. Esas formas de vida social cristalizadas, esos estándares de conducta, sobreviven a sus autores, son cultura... El derecho es cultura y está inserto en una forma general de cultura propia de cada tiempo histórico y también propia de las líneas de evolución y de las influencias producidas en cada sociedad". (Peces-Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1988, pp. 84 y 86). Desde otro punto de vista, el antropológico, se ha sostenido que, la mayoría de las veces, en el pensamiento jurídico: "Se pasa por alto que lo prima es la concepción del derecho como forma de pensamiento de una cultura y en el seno de una cultura; el derecho es esencialmente un elemento cultural. A veces se pierde esta idea, diluida en la tecnicidad de la actividad jurídica o se transforma en un argumento hueco y empleado, tanto si conviene como si no, para legitimar reglamentaciones *ad hoc* y *ad hominem*. Pero esta percepción implica el desafío de pensar el derecho como cultura. Es ir mucho más allá de la mera reflexión sobre los instrumentos jurídicos acordados por los sujetos del derecho". (Broekman, Jan M., *Derecho y antropología*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 18 y 19).

proceso de integración que constituye el Mercosur, para lograr una comprensión del nuevo fenómeno jurídico transnacional que está operando actualmente sobre los ordenamientos nacionales, y que, en algunos casos, no es percibido en su real dimensión. Para ello dividiré en tres partes el desarrollo del presente: la primera, tratará sobre los orígenes mediatos e inmediatos del sistema comunitario instaurado, del Tratado constitutivo del Mercosur, y de una serie de problemas conexos; en la segunda me ocuparé de la estructura orgánica del sistema; y, en la tercera parte, del funcionamiento del mismo.

II. EL ORIGEN

1. *Los antecedentes previos al Mercosur*

A. *Breve historia de los proyectos de integración latinoamericana*

Desde la época de las luchas de la independencia de los países latinoamericanos, como fue el siglo XIX, los más insignes patriotas sostuvieron la necesidad de conformar una única nación americana.

El argentino Bernardo Monteagudo escribió la primera obra en ese sentido titulada *Ensayo sobre la necesidad de una federación general entre los Estados hispanoamericanos y plan de organización*, publicada en el Perú en 1825. Se trataba de establecer una alianza militar contra las potencias expulsadas de América, proponiendo una especie de integración latinoamericana.

El venezolano Simón Bolívar, llamado el Libertador de América, título que comparte con el argentino José de San Martín, propugnó desde 1815 la creación de una sola patria latinoamericana, en la célebre Carta de Jamaica, y que consumó en el Congreso Anfictiónico del Istmo de Panamá del año 1826. Allí se aprobó el “Tratado de Unión, Liga y Confederación perpetua entre las repúblicas de Colombia, Centro América, Perú y Méjico”, que posteriormente solamente fue aprobado por Colombia y Guatemala, por lo que resultó fallido el intento. Se trataba de un acuerdo de auténtica unidad latinoamericana, “...bajo la forma federal, para equilibrar la creciente gravitación de Estados Unidos de América”.¹¹

¹¹ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 108.

Finalmente, un padre fundador de la República Argentina, como lo fue Juan Bautista Alberdi, principal inspirador de la Constitución aún vigente de 1853, sostuvo en su Memoria para obtener al título de licenciado en abogacía de la Universidad de Chile en 1844, titulada Sobre la conveniencia y objetos de un Congreso General Americano,¹² que, y en lo que aquí interesa, debía establecerse un arancel aduanero externo único para todo el continente, eliminando las aduanas interiores.¹³

Puede observarse que la idea de integración latinoamericana recorre la historia de esos países desde su mismo nacimiento. Y ella perdurará durante todo el siglo XX, y se irá concretando a partir de la segunda mitad de dicho siglo.

B. Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)

Como primera muestra de concreción del fenómeno integracionista, se puede mencionar a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) que se creó mediante el tratado suscrito en Montevideo el 13 de febrero de 1960, originariamente entre los países de Argentina, Brasil, Chile,

¹² Alberdi, Juan Bautista, *Obras escogidas. Derecho internacional y obra diplomática*, Buenos Aires, Luz del Día, 1954, t. IX, pp. 25 y ss.

¹³ Alberdi, contemporáneamente con el surgimiento de las nacionalidades, y con ello, la conformación de los Estados independientes de América, sostuvo, en una visión superadora y adelantada en el tiempo y el espacio respecto a esas pautas culturales dominantes, que los países sudamericanos debían constituir una unión continental de comercio, que debía comprender, a su vez, "...la uniformidad aduanera... En ella debe comprenderse la abolición de las aduanas interiores, ya sean provinciales, ya nacionales, dejando solamente en pie la aduana marítima o exterior. Hacer de estatuto americano y permanente, la uniformidad de monedas, de pesos y medidas que hemos heredado de España". Y concluía en lo aquí interesa: "La Constitución del continente, como la de cada uno de los Estados, será la obra de los tiempos, para la cual se sucederán los congresos a los congresos; debiendo entre tanto dar principio alguna vez por uno de ellos. Yo aplaudiré toda mi vida el sentimiento de aquellos Estados, que sacan su vista del recinto estrecho de sus fronteras y la levantan hasta la esfera de la vida general y continental de la América. Es llevar la vista al buen camino. En un gran sistema político, las partes viven del todo y el todo de las partes. La mano de la reforma debe ir alternativamente del trabajo constitucional, de la obra interior del edificio a la obra exterior. Lo demás es construir a medias y de un modo incompleto". (Alberdi, Juan Bautista, "Memoria: Sobre la conveniencia y objetos de un Congreso General Americano, leída ante la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile para obtener el grado de licenciado, año 1844", *La unidad de América Latina. Un proyecto de Juan Bautista Alberdi*, Granica Editor, Buenos Aires, 1974, pp. 49, 56 y 57).

México, Paraguay, Perú y Uruguay. Posteriormente lo suscribieron la totalidad de los Estados latinoamericanos.

De acuerdo con el artículo 1o. del Tratado, el objetivo de la ALALC fue la constitución de una zona de libre comercio entre los países signatarios, en un plazo de dos años, de acuerdo con el artículo 2o., que luego fue ampliado a veinte.¹⁴

Cabe destacar, que en el Preámbulo del Tratado se estableció la intención de crear un Mercado Común Latinoamericano. Pero tal sistema fracasó, probablemente por lo ambicioso del tratado, y por las grandes asimetrías de los adherentes, no contempladas en los diversos mecanismos del Tratado, lo que llevó a aquellos a incumplirlo.¹⁵

C. *Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)*

Como resultado del fracaso de la ALALC, su Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, reunido nuevamente en la ciudad de Montevideo el 12 de agosto de 1980, suscriben un nuevo Tratado, por el cual se crea la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), sustituyendo al anterior sistema.¹⁶ Los Estados miembros originarios fueron Argentina, Bo-

¹⁴ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano...*, cit., nota 11, pp. 119-123.

¹⁵ *Ibidem*, p. 122.

¹⁶ Los considerandos del Tratado son claros en cuanto a sus fines: "Animados por el propósito de fortalecer los lazos de amistad y solidaridad entre sus pueblos. *Persuadidos de que la integración económica regional constituye uno de los principales medios para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico y social a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos.* Decididos a renovar el proceso de integración latinoamericano y a establecer objetivos y mecanismos compatibles con la realidad de la región. Seguros de que la continuación de dicho proceso requiere aprovechar la experiencia positiva obtenida en la aplicación del Tratado de Montevideo del 18 de febrero de 1960. Conscientes de que es necesario asegurar un tratamiento especial para los países de menor desarrollo económico relativo. Dispuestos a impulsar el desarrollo de vínculos de solidaridad y cooperación con otros países y áreas de integración de América Latina, a fin de promover un proceso convergente que conduzca al establecimiento de un mercado común regional. Convencidos de la necesidad de contribuir a la obtención de un nuevo esquema de cooperación horizontal entre países en vías de desarrollo y sus áreas de integración, inspirado en los principios del derecho internacional en materia de desarrollo. Teniendo en cuenta la decisión adoptada por las Partes Contratantes del Acuerdo General de Aranceles y Comercio que permite concertar acuerdos regionales o generales entre países en vías de desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente las trabas a su comercio recíproco. Conviene en suscribir el presente Tratado

livia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

El artículo 1o. del Tratado declara la intención de proseguir el proceso de integración encaminado a promover el desarrollo económico-social, armónico y equilibrado de la región, y establece que “dicho proceso tendrá como objetivo a largo plazo el establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano”.¹⁷

Para lograr esos objetivos, se utilizan los siguientes mecanismos:

- i. Preferencia arancelaria regional: que consiste en un régimen preferencial, con base en porcentajes sobre los derechos de importación vigentes para terceros países.
- ii. Acuerdos de carácter regional: son los que participan todos los miembros adherentes, de acuerdo con lo que establece el artículo 4o. del Tratado.
- iii. Acuerdos de alcance parcial: son aquellos en cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros, y propenden a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante su progresiva multilateralización. Estos acuerdos podrán ser comerciales, de complementación económica, agropecuarios,

el cual sustituirá, conforme a las disposiciones en el mismo contenidas, al Tratado que instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio”. (Las cursivas son nuestras).

¹⁷ A su vez el artículo 3o. establece: “En la aplicación del presente Tratado y en la evolución hacia su objetivo final, los países miembros tomarán en cuenta los siguientes principios: a) Pluralismo, sustentado en la voluntad de los países miembros para su integración, por encima de la diversidad que en materia política y económica pudiera existir en la región; b) Convergencia, que se traduce en la multilateralización progresiva de los acuerdos de alcance parcial, mediante negociaciones periódicas entre los países miembros, en función del establecimiento del mercado común latinoamericano; c) Flexibilidad, caracterizada por la capacidad para permitir la concertación de acuerdos de alcance parcial, regulada en forma compatible con la consecución progresiva de su convergencia y el fortalecimiento de los vínculos de integración; d) Tratamientos diferenciales, establecidos en la forma que en cada caso se determine, tanto en los mecanismos de alcance regional como en los de alcance parcial, sobre la base de tres categorías de países, que se integrarán tomando en cuenta sus características económico-estructurales. Dichos tratamientos serán aplicados en una determinada magnitud a los países de desarrollo intermedio y de manera más favorable a los países de menor desarrollo económico relativo; y e) Múltiple, para posibilitar distintas formas de concertación entre los países miembros, en armonía con los objetivos y funciones del proceso de integración, utilizando todos los instrumentos que sean capaces de dinamizar y ampliar los mercados a nivel regional”.

de promoción del comercio o adoptar cualquier otra modalidad.¹⁸ Ello así, en un todo de acuerdo con lo establecido en los artículos 7o. y 8o. del Tratado. El Tratado en análisis continúa vigente.

D. *Tratados de Integración Brasil-Argentina*

La fuente inmediata del Tratado de Asunción, constitutivo del Mercado Común del Sur (Mercosur), se encuentra en los tratados de integración suscritos en la década de 1980 por los dos países. Fundamentalmente el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo entre la República Argentina y la República Federativa de Brasil, de 29 de noviembre de 1988.

En los considerandos del Tratado, como en su artículo 1o., se explicitaron los objetivos del mismo: consolidar definitivamente el proceso de integración y cooperación económica entre las dos naciones, en un marco de renovado impulso a la integración de América Latina. La aplicación del mismo se regiría por los principios de gradualidad, flexibilidad, equilibrio y simetría (artículo 2o.).

Se establecieron dos etapas para el logro de los objetivos: a) La primera consistía en la remoción de los obstáculos tarifarios y no tarifarios al comercio de bienes y servicios, y la armonización de políticas aduaneras, de comercio interno y externo, agrícola, industrial, de transporte y comunicaciones, científica y tecnológica y otras que se acordaren, así como la coordinación de políticas en materia fiscal, cambiaria y de capitales. b) La segunda etapa, iba a consistir en la armonización gradual de las demás políticas necesarias para el establecimiento del mercado común (artículos 3o. y 5o. del Tratado).

El 6 de julio de 1990, los presidentes de Argentina y Brasil suscribieron el “Acta de Buenos Aires” por la cual decidieron establecer un mercado común entre ambas naciones, que debía estar constituido el 31 de diciembre de 1994.

Una de las principales consecuencias del Acta fue la creación del Grupo Mercado Común Binacional, que se constituyó en el ámbito para la integración, en calidad de observadores, de Paraguay y Uruguay.¹⁹ Ello permitió profundizar el proceso de integración.

¹⁸ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano...*, *cit.*, nota 11, pp. 133-137.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 159 y 160.

2. *Tratado Constitutivo del Mercosur: el Tratado de Asunción*

Finalmente, el 26 de marzo de 1991, las repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, suscribieron en Asunción, el Tratado para la Constitución de un Mercado Común (Mercosur), al cual se lo denominó Tratado de Asunción, por su artículo 23.

El objetivo perseguido no fue otro que la integración económica de esos países. En los considerandos del Tratado se sostiene que la ampliación de las dimensiones de los mercados nacionales de los países miembros, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social. Y que ello debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

Se ha predicado que las características principales²⁰ del Tratado pueden resumirse en las siguientes:

- i. Constituye un tratado internacional no ordinario, sino comunitario, como se verá más adelante.
- ii. Subregional. Es así porque se constituye dentro de un acuerdo regional más amplio como lo es la ALADI. Ello está expresado en los considerandos del Tratado al declarar que "...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".²¹ Resulta importante señalar que tanto el Tratado de Asunción y sus Proto-

²⁰ Sigo en este punto, con algunas modificaciones sustantivas, la clasificación de Freeland López Lecube, Alejandro, *Manual de derecho comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, pp. 103-106.

²¹ Resulta interesante observar que los Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica Mercosur-Perú, Mercosur-Bolivia y Mercosur-Chile, suscritos en 2003, 1997 y 1996, respectivamente, se realizaron al amparo del Tratado de Montevideo 1980 y de la Resolución núm. 2 del Consejo de Ministros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

- colos modificatorios, así como el derecho derivado del sistema, han sido protocolizados en la ALADI.²²
- iii. Abierto. De acuerdo con el artículo 20 del Tratado, mediante la aceptación unánime de todos los socios, pueden ingresar todos los miembros de la ALADI, y solamente ellos.
 - iv. Multilateral. porque es celebrado por varios sujetos de derecho internacional.
 - v. Duración indefinida. El Protocolo de Ouro Preto en su artículo 48, modificó el Tratado de Asunción, otorgándole duración indefinida al mismo.
 - vi. Programático. Fija un programa y pone a cargo de las instituciones creadas su desarrollo posterior.
 - vii. El Mercosur es gobernado por los Estados miembros: el gobierno del sistema depende de los gobiernos de los Estados adherentes.
 - viii. El Mercosur está fundado en la reciprocidad. El artículo 2o. del Tratado establece que el Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados partes.

A. *Protocolos de Ouro Preto de 1994 y de Olivos de 2002*

El Tratado de Asunción, a su vez, fue modificado en tres oportunidades desde su suscripción. En primer lugar, por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, de fecha 17 de diciembre de 1991, que luego fue sustituido por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, de fecha 18 de febrero de 2002. Asimismo se ha dictado el Reglamento del último de los Protocolos mencionado, mediante el Decreto 37/2003 del Consejo del Mercado Común, de fecha 15 de diciembre de 2003.

En segundo lugar, y antes de finalizar el periodo de transición establecido en el Tratado de Asunción en sus artículos 1o. y 3o., esto es, el 31 de diciembre de 1994, se suscribió el Protocolo de Ouro Preto, Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur, con

²² Para un análisis de dicha problemática y sus efectos en los ordenamientos internos, véase Arredondo, Ricardo, "Algunas precisiones sobre los 'Acuerdos de alcance parcial' vis-a-vis la incorporación de normativa Mercosur y los efectos de la protocolización en ALADI", *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, La Ley*, Buenos Aires, año 7, núm. 2, abril de 2003, pp. 77 y ss.

fecha 17 de diciembre de 1994. Sobre el contenido de estos Protocolos me ocuparé más adelante.

B. *Naturaleza del Tratado*

El Tratado de Asunción constituye un Tratado de Integración por cuanto sus Estados miembros (Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay) se han autoimpuesto como objetivo la formación de un mercado comunitario, sobre la base de objetivos definitivos y transitorios.

Entre los objetivos, definidos en el artículo 1o. del Tratado, se encuentran: 1. La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros. 2. El establecimiento de un arancel externo común. 3. La adopción de una política comercial común frente a terceros países. 4. La liberación comercial. 5. La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados miembros. 6. La armonización de legislaciones.

Y entre los transitorios, esto es, para el periodo de transición, de acuerdo con el artículo 5o. del Tratado:

1. El Programa de liberación comercial consistente en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas.
2. Coordinación de políticas macroeconómicas.
3. Arancel externo común.
4. Adopción de acuerdos sectoriales.

En función de los cuales se han atribuido competencias a los órganos que forman parte de la estructura institucional del Mercosur.

C. *Personalidad jurídica internacional*

De acuerdo con el artículo 34 del Protocolo de Ouro Preto, el Mercosur tiene personalidad jurídica de derecho internacional. A su vez, y con relación a ello, desarrolló, con carácter general, un sistema de competencias de tipo finalista, similar al de la Unión Europea, al establecer el artículo 35 que: “El Mercosur podrá, en el uso de sus atribuciones, practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias”.

Modelo de atribución de competencias por objetivos o fines que se corrobora en las funciones y atribuciones otorgadas a cada uno de los principales órganos de gobierno del Mercosur, como se verá más adelante.

D. *Grado de integración alcanzado*

El objetivo predispuesto es alcanzar un mercado común. Pero hasta el momento se ha alcanzado una unión aduanera imperfecta. Considerando que una unión aduanera, conlleva la adopción de un arancel común externo, y por consiguiente, la adopción de un tratamiento comercial equivalente respecto a los bienes provenientes de terceros países, denominó unión aduanera imperfecta a la asociación que no ha logrado, en su totalidad, la configuración de tal, ya sea por que no se dan todos los requisitos que se exigen, ya sea por la existencia de cronogramas que pautan temporalmente su configuración, no constituyendo sin embargo, una zona de libre comercio.²³

Parte de la doctrina ha sostenido tal postura, al decir que "...antes de avanzar hacia su cometido final, ha recalado en la conformación de una unión aduanera que aunque imperfecta exterioriza el sentido de gradualidad que enmarca su proceso, toda vez que las realizaciones que exige esa etapa previa son decisivas para la suerte del futuro mercado común..."²⁴

Se debe señalar, no obstante lo expuesto, que en los considerandos del Protocolo de Ouro Preto se parte del presupuesto "...de la puesta en funcionamiento de la unión aduanera como etapa para la construcción del mercado común" (3o. considerando).²⁵

E. *Derecho originario: Protocolos en vigencia*

Desde el inicio de la construcción del mercado común se han dictado una serie de normas del denominado derecho originario, y que a su vez, se encuentran vigentes por la incorporación a las legislaciones nacionales.²⁶

²³ Salomoni, Jorge Luis, "Reforma del Estado y Mercosur...", pp. 214 y ss.

²⁴ Midón, Mario A. R., *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 46.

²⁵ En contra, Freeland López Lecube, Alejandro, *Manual de derecho comunitario...*, cit., nota 20, pp. 100 y 101. Para este autor, el Mercosur se encuentra en un estadio inferior de integración del de una unión aduanera perfecta o imperfecta, ya que faltaría mucho para que se verifique la libre circulación de mercaderías entre los países miembros.

²⁶ Resulta muy interesante la clasificación realizada sobre Protocolos institucionales y Protocolos y acuerdos, operativos y cooperativos, comunitarios y extracomunitarios,

Por Decisión del Consejo Mercado Común núm. 5/92, se aprobó el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, cuyo contenido tiende a la armonización de las legislaciones en dichas áreas y al trato equitativo de los ciudadanos y residentes, como el libre acceso a la jurisdicción en los Estados partes para la defensa de sus derechos e intereses.

Por Decisión del Consejo Mercado Común núm. 27/94 se aprobó el Protocolo de Medidas Cautelares, por el cual se reglamento el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación con personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer.

A su vez, por Decisión núm. 2/96 del Consejo Mercado Común, se aprobó el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, cuya finalidad fue la asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre las autoridades competentes de los Estados partes.

Por su parte la Decisión núm. 4/94, aprobó el Protocolo de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de nivel primario y medio no técnico, por el cual los Estados partes se obligan a reconocer los estudios de educación primaria y media no técnica y otorgar validez a los certificados que los acrediten expedidos por las instituciones oficialmente reconocidas por cada uno de esos Estados, en las mismas condiciones que el país de origen establece para los cursantes o egresados de dichas instituciones. Igualmente, por decisión núm. 7/96 se aprobó el Protocolo de Integración Educativa y Reválida de Diplomas, Certificados, Títulos y Reconocimiento de Estudios de Nivel Medio Técnico.

La Decisión del Consejo Mercado Común núm. 8/96, estableció el Protocolo de Integración Educativa para Proseguimiento de estudios de posgrado en las universidades de los Estados Parte del Mercosur, para lo cual reconocieron "...los títulos universitarios de grado otorgados por las Universidades reconocidas de cada país, al solo efecto de la prosecución de estudios de posgrado..." (artículo 1o.).

La decisión del Consejo Mercado Común núm. 11/96, instituyó, por su parte el Protocolo de Integración Cultural del Mercosur.

Finalmente, la Decisión del Consejo Mercado Común núm. 26/94, aprobó el Régimen de Administración Aduanera. Norma de Tramitación de Deci-

siones, Criterios y Opiniones de Carácter General, sobre Clasificación Arancelaria de Mercaderías en la Nomenclatura Común del Mercosur.

Por su parte, la Resolución del Grupo Mercado Común núm. 8/92, por la cual se aprobó el Reglamento Único de Tránsito y Seguridad Vial, establece, en lo que aquí interesa: “Las reglas de circulación que se incluyen en el presente Convenio constituyen una base normativa mínima y uniforme que regulará el tránsito vehicular internacional en el territorio de las Partes Contratantes”. Como se observa, y como un síntoma de lo dificultoso que resulta el proceso de integración, es notoria la falta la entrada en vigencia de normas sustantivas como el Protocolo de Defensa de la Competencia,²⁷ el Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios,²⁸ el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente,²⁹ el Protocolo de Defensa del Consumidor o Usuario, sobre el cual todavía no se llegó a un acuerdo de redacción, etcétera, que dependen, para su validez y eficacia, de su incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes.

F. *Los Estados Asociados*

Hasta el presente, se han incorporado tres países integrantes de la ALADI, como Estados Asociados, a través de Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica:

- i. Mercosur-Chile, cuya entrada en vigencia se produjo el 1 de octubre de 1996 y tiene una duración indefinida.
- ii. Mercosur-Bolivia, cuya entrada en vigencia se produjo el 28 de febrero de 1997, y tiene una duración indefinida como el anterior.
- iii. Mercosur-Perú, cuya entrada en vigencia se produjo el 1 de noviembre de 2003, y al igual que los otros, tiene una duración indefinida.

Los acuerdos mencionados tienen como objetivos el establecimiento del marco jurídico e institucional de cooperación e integración económica que contribuya a la creación de un espacio económico ampliado que tienda a facilitar la libre circulación de bienes y servicios, así como la formación de un área de libre comercio entre las partes eliminando las restricciones

²⁷ Aprobado por Decisión núm. 18/96 del Consejo Mercado Común.

²⁸ Aprobado por Decisión núm. 13/97 del Consejo Mercado Común.

²⁹ Aprobado por Decisión núm. 2/01 del Consejo Mercado Común.

arancelarias y de las no arancelarias que afecten el comercio recíproco. Asimismo, pretenden promover el desarrollo y la utilización de la infraestructura física con especial énfasis en la progresiva liberación de las comunicaciones y del transporte fluvial y terrestre, en el establecimiento de corredores de integración, en la facilitación de la navegación y en el establecimiento de interconexiones bioceánicas, según las necesidades de cada país firmante con el Mercosur. Finalmente, se proponen promover las inversiones y la complementación y cooperación económica, energética, científica y tecnológica entre las partes signatarias.

En la actualidad se están negociando acuerdos similares con Venezuela y México.

Dentro de la política exterior del Mercosur, cabe mencionar el Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y el Mercado Común del Sur y sus Estados Parte, que rige desde el 1 de julio de 1999, y por el cual se persiguió el fortalecimiento de las relaciones existentes entre las partes y la preparación para la creación de una Asociación Interregional. Para el cumplimiento de tal objetivo, el Acuerdo abarca los siguientes ámbitos: a) Comercial, que incluye las materias de normas agroalimentarias e industriales, aduanera, estadísticas y propiedad intelectual. b) Económico, que incluye la cooperación empresarial; el fomento de inversiones; la cooperación energética, la cooperación en materia de transportes; en materia de ciencia y tecnología; en materia de telecomunicaciones y tecnológicas de la información y en materia de protección del medio ambiente. c) De cooperación para la integración. Así como los ámbitos de formación y educación, comunicación, información y cultura, y lucha contra el narcotráfico.

G. La Convención Americana de los Derechos Humanos como Carta de Derechos del sistema comunitario

Finalmente, cabe sostener que existe otro ordenamiento internacional que debe integrarse al ordenamiento del Mercosur como constituyendo un único orden jurídico, y éste es la Convención Americana de los Derechos Humanos. Ello así, por dos motivos: en primer lugar, porque la normativa comunitaria no contiene declaración de derechos alguna, y en segundo lugar, porque constituye una excelente oportunidad para transformar o rediseñar, al derecho administrativo de los países miembros por la influencia de aquel ordenamiento y de su peculiar sistema hermenéutico, en el

sentido de hacer que los derechos de los particulares y de la sociedad frente al Estado *latu sensu* finalmente valgan.³⁰

Todos los Estados miembros del Mercosur incorporaron el Pacto de San José de Costa Rica a sus ordenamientos internos, siendo Brasil el último en ratificarlo con fecha 25 de septiembre de 1992. Cabe mencionar que este país, luego de un largo y persistente reclamo de la comunidad jurídica de ese país, se sometió, en diciembre del año 1998, a la jurisdicción supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada y regulada por los artículos 52 y siguientes de esa Convención.³¹

En función de la mencionada adopción, por los países miembros, de la Convención Americana de los Derechos Humanos y de la jurisdicción supranacional de la Corte establecida por ese Pacto, he sostenido que,³² del Orden Público Comunitario que surge del Preámbulo³³ de la Convención, y del juego de sus artículos 28.3³⁴ y 24,³⁵ se instaura un sistema tal

³⁰ Salomoni Jorge Luis, "Objetivos del Mercosur", *Revista de la Administración Pública*, núm. 168, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, septiembre de 1992, p. 31.

³¹ Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 437.

³² Salomoni, Jorge Luis, "Procedimiento administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos", *Procedimiento Administrativo. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pp. 551 y ss., y en *Teoría general...*, *cit.*, nota 31, pp. 443 y ss.

³³ "...el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce y establece, al igual que la Convención Europea que, '...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino *que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*, razón por la cual justifican una protección internacional...'. Ello significa el reconocimiento, y la aceptación de los países miembros, que los derechos humanos son superiores y anteriores a los Estados nacionales, y que no se obtienen por la pertenencia de la persona humana a un determinado Estado; estableciéndose a su vez, una subordinación de esos Estados, al sistema de protección de los derechos humanos previstos en la Convención. Tal declaración permite *fundar el Orden Público del Mercosur* que se antepone jerárquicamente al orden público interno de los Estados miembros. Y esto así, independientemente que las normas de la Convención tengan rango supraconstitucional, constitucional (Argentina-Paraguay) o subconstitucional (Brasil-Uruguay)". (Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general...*, *cit.*, nota 31, pp. 441-442).

³⁴ Artículo 28.3. "Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención".

³⁵ Artículo 24. "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de ley".

que, partiendo del principio de intangibilidad de los derechos establecido en el mencionado artículo 28.3, y conectándolo al principio de igual protección de la ley —artículo 24 de la Convención— para cada individuo miembro de cada uno de esos Estados, que constituye una aplicación del principio general de igualdad, surge el derecho de aquellos últimos de invocar, ante la administración pública o el Poder Judicial local, la norma más favorable a sus derechos de cualquier Estado Miembro, la que debe aplicarse como principio emergente del mencionado artículo 24.

Es decir, la norma material y/o procesal más protectora de un Estado miembro, se transforma en un principio general del derecho comunitario, que se traslada al otro Estado miembro a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos.³⁶

Por lo tanto, el Tribunal comunitario que armonizará los derechos de las personas, y en consecuencia los límites al poder, tanto nacional como Comunitario, será, en definitiva, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Esto es, existirán un órgano de armonización primaria que será el juez nacional competente en la materia de que se trate, y un órgano de armonización secundaria que será la mencionada Corte Interamericana.

Reitero, en una asociación de Estados todo nacional de cada Estado miembro tiene el derecho a igual protección, en los mismos términos, que la máxima protección que se haya alcanzado en alguno de los Estados Miembros para esos mismos derechos.³⁷

³⁶ No debe confundirse el sistema planteado con el proveniente del derecho comparado. No se trata de utilizar el derecho “extranjero” para fundamentar una decisión administrativa o judicial, sino que se trata de la aplicación directa del ordenamiento jurídico más protector de los derechos humanos a través del Pacto de San José de Costa Rica. Para una explicación del método del derecho comparado, véase Casal, Patricia Marcela, *Recepción del derecho extranjero como argumento. Derecho comparado*, Buenos Aires, Fundación Editorial de Belgrano, 1997.

³⁷ En general, el funcionamiento del sistema sería de la siguiente manera: un nacional argentino tiene un conflicto en la relación de consumo con un fabricante o un prestador de servicios públicos. Además de invocar las normas argentinas de protección de los derechos del consumidor y las reglas del servicio en su caso, invocará a la administración y juez intervinientes, la norma más protectora dictada en cualquier país integrante del Mercosur. En este caso, la Ley 8.078 del 11-9-90 que dispone sobre la protección del consumidor y otras providencias en la República del Brasil. Un nacional de Paraguay solicita la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos núm. 19.549 de la República Argentina. Y así para cada nacional de cada país miembro respecto de cualquier ordenamiento de otro país miembro más protector de los derechos humanos. Los ordenamientos implicados, y que se solicita al juez nacional aplicar, constituyen derecho

Quiero destacar que la tesis que sostengo fue receptada, para el sistema jurídico europeo, por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en el caso “Cantos c. Dinamarca”, algunos años después de su formulación.³⁸

Todo lo expuesto se complementa con el artículo 29 de la Convención Americana, que establece, en lo que aquí interesa, que ninguna disposición del Pacto puede ser interpretada en el sentido de:

...b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes, de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

El caso referido en la letra b) es tradicional en el derecho internacional del trabajo ya que se remonta al párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT y asegura que el reconocimiento y la protección internacional de derechos y libertades (en el estándar mínimo aceptable), no puede producir el efecto de reducir, limitar o restringir derechos reconocidos con mayor amplitud por el derecho interno o por otros tratados internacionales... Por su parte, el artículo 29 b) tiene su equivalente en el artículo 60 de la Convención Europea que dispone que ninguna de las disposiciones de la Convención será interpretada en forma de limitar o afectar los derechos del hombre y las libertades fundamentales que pudieran estar reconocidas conforme a la ley de las partes contratantes o a cualquier otra convención de la que esa Parte contratante sea parte.³⁹

Respecto de la interpretación del Pacto, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha establecido, en la causa “Ekmekjian, Miguel vs. Sofovich, Gerardo y otros”, de fecha 7 de julio de 1992, que:

interno del país en que se aplican, trasladados a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Debo señalar qué mecanismo puede ser invocado, en los países federales como Argentina y Brasil, por un residente en una provincia o Estado, respecto de un ordenamiento de otra provincia o Estado del mismo país, cuyo ordenamiento sea más protectivo de los derechos humanos.

³⁸ Sabino Cassese, *La crisis...*, cit., nota 3, Estudio preliminar a cargo de Jorge Luis Salomoni, pp. 137 y 17, respectivamente.

³⁹ Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1991, pp. 129 y 130.

...la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1).⁴⁰

En idéntico sentido se expidió en la causa “Giroldi, Horacio David y otro sobre Recurso de Casación”, con fecha 07-04-95, al establecer el alcance de los conceptos contenidos en la cláusula en análisis, tomando como propios los vertidos por la Corte Interamericana, al decir que:

...a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto a los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos tener acceso a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (Opinión Consultiva núm. 11.90 del 10 de agosto de 1990: “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, parágrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (parágrafo 23).⁴¹

III. LA ORGANIZACIÓN. LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS

En el Protocolo de Ouro Preto, se establecieron los órganos comunitarios para el periodo de consolidación del Mercosur.

⁴⁰ La Ley, 1992-C-543.

⁴¹ Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y jurisprudencia. Doctrina y legislación argentina e internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 1998, pp. 194 y ss.

Debe tenerse presente que, al reformular el esquema institucional del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto declaró con carácter general, en su artículo 2 que: “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur”.

A su vez, las normas emanadas de esos órganos con capacidad decisoria, tienen carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.⁴² Sobre esto volveremos más adelante.

Asimismo, y con carácter general, se prescribió que todas las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Parte.⁴³

Antes de ello, y originalmente, se estableció en el artículo 9 del Tratado de Asunción que: “La administración y ejecución del presente Tratado y de los acuerdos específicos y decisiones que se adopten en el marco jurídico que el mismo establece durante el periodo de transición, estará a cargo de los siguientes órganos: a) Consejo del Mercado Común; b) Grupo Mercado Común”. Caracterizándose a estos órganos de la siguiente manera:

Por el artículo 10, el “...Consejo es el órgano superior del Mercado Común, correspondiéndole la conducción política del mismo y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del Mercado Común”.

Y por el artículo 13, el “...Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercado Común y será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores”.

El Protocolo de Ouro Preto, por su parte, configuró la nueva estructura orgánica de la siguiente manera.

⁴² Artículo 42.

⁴³ Artículo 37. A su vez, y para el caso de ausencia de uno de los representantes de los Estados Miembros, el artículo 20., segundo párrafo de la Resolución núm. 26/01 del Grupo Mercado Común, relativa a Actas y Documentos del Mercosur, prescribió que: “En ausencia de alguna Delegación en las reuniones de los órganos dependientes de los órganos con capacidad decisoria, el Acta y sus respectivos Anexos, consensuados por las Delegaciones presentes en la reunión, se considerarán aprobados si, en un plazo de treinta (30) días corridos posteriores a la reunión que los aprobó, la Delegación o Delegaciones ausentes no manifestaran ninguna objeción”.

1. *El Consejo del Mercado Común (CMC) como órgano Superior del Mercosur*

El artículo 3 del mencionado Protocolo establece:

El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del Mercosur al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común.

Dicho órgano está integrado por los ministros de Relaciones Exteriores, y por los ministros de Economía, o sus equivalentes, de los Estados Partes.

Según el artículo 8o. del Protocolo de Ouro Preto, son funciones y atribuciones del Consejo del Mercado Común que, a su vez, pueden considerarse de carácter legislativo,⁴⁴ las de:

- Formular políticas y promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común.
- Crear los órganos que estime pertinentes, así como modificarlos o suprimirlos.
- Aclarar, cuando lo estime necesario, el contenido y alcance de sus Decisiones.
- Adoptar Decisiones en materia financiera y presupuestaria.
- Homologar el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común.

Son, por su parte, funciones de carácter administrativo, las siguientes:

- Velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco.
- Ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur.
- Negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. Dichas fun-

⁴⁴ La clasificación de las distintas funciones del Consejo Mercado Común y del Grupo Mercado Común fue tomada de González Moras, Juan, "Principios de la organización administrativa en las instituciones del Mercosur", conferencia inédita impartida en la Universidad Austral, Buenos Aires, el 21 de mayo de 2004.

ciones podrán ser delegadas por mandato expreso al Grupo Mercado Común en las condiciones establecidas en el inciso VII del artículo XIV.

- Pronunciarse sobre las propuestas que le sean elevadas por el Grupo Mercado Común.
- Crear reuniones de ministros y pronunciarse sobre los acuerdos que le sean remitidos por las mismas.
- Pronunciarse sobre las propuestas que le sean elevadas por el Grupo Mercado Común.
- Designar al Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur.

El artículo 9o., por su parte, prescribe: “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Partes”.

Cabe destacar que el Consejo, en el marco del artículo 1o., Parágrafo Único del Protocolo de Ouro Preto, ha creado dos órganos auxiliares propios:

- i. Por Decisión 18/98, el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), cuya función será profundizar el examen y la coordinación de la agenda política de los Estados Partes del Mercosur, inclusive en lo atinente a las cuestiones internacionales de naturaleza política y de interés político común relacionado con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. El Foro formulará recomendaciones, adoptadas por consenso, que serán sometidas al Consejo del Mercado Común, para su consideración.
- ii. Y más recientemente, por Decisión núm. 11/03, la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur (CRPM), que tendrá como competencia: a. Asistir al Consejo del Mercado Común y a la Presidencia *Pro Tempore* del Mercosur, en todas las actividades que le sean requeridas por cualquiera de éstos. b. Presentar iniciativas al Consejo del Mercado Común sobre materias relativas al proceso de integración del Mercosur, las negociaciones externas y la conformación del Mercado Común. c. Afianzar las relaciones económicas, sociales y parlamentarias en el Mercosur, estableciendo vínculos con la Comisión Parlamentaria Conjunta y el Foro Consultivo Económico y Social, así como con las Reuniones Especializadas del Mercosur.

2. *El Grupo del Mercado Común (GMC) como Órgano Ejecutivo del Mercosur*

Según el artículo 10 del Protocolo en análisis, el Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercosur.⁴⁵

Órgano ejecutivo del Mercosur que se presenta como un típico órgano intergubernamental, que toma sus decisiones por consenso y cuyos miembros no son funcionarios comunitarios sino representantes de los gobiernos de los Estados Parte.⁴⁶

Por otro lado, las funciones y atribuciones del Grupo Mercado Común están establecidas en el artículo 14.⁴⁷

Dentro de ellas, pueden considerarse funciones de carácter legislativo, las de:

- Proponer proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común.
- Tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones adoptadas por el Consejo del Mercado Común.
- Fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común.
- Crear, modificar o suprimir órganos tales como subgrupos de trabajo y reuniones especializadas, para el cumplimiento de sus objetivos.
- Aprobar el presupuesto y la rendición de cuentas anual presentada por la Secretaría Administrativa del Mercosur.

⁴⁵ El cual, a su vez, tal como lo indica el artículo 11, "...estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos gobiernos, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los ministerios de Relaciones Exteriores, de los ministerios de Economía (o equivalentes) y de los bancos centrales. El Grupo Mercado Común será coordinado por los ministerios de Relaciones Exteriores". El artículo 13 del Protocolo de Ouro Preto señala, por su parte, que: "El Grupo Mercado Común se reunirá de manera ordinaria o extraordinaria, tantas veces como fuere necesario, en las condiciones establecidas en su Reglamento Interno".

⁴⁶ "Artículo 11 El Grupo Mercado Común estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos gobiernos, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los ministerios de Relaciones Exteriores, de los ministerios de Economía (o equivalentes) y de los Bancos Centrales. El Grupo Mercado Común será coordinado por los ministerios de Relaciones Exteriores".

⁴⁷ La clasificación de funciones de los órganos principales del Mercosur es compartida por Pizzolo, Colagero, *Pensar el Mercosur*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, pp. 277 y ss.

- Adoptar Resoluciones en materia financiera y presupuestaria, basado en las orientaciones emanadas del Consejo.
- Homologar los Reglamentos Internos de la Comisión de Comercio y del Foro Consultivo Económico-Social.

Por su parte, son funciones de carácter administrativo, las de:

- Velar, dentro de los límites de su competencia, por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco.
- Manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del Mercosur en el ámbito de sus competencias.
- Negociar, con la participación de representantes de todos los Estados Partes, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común y dentro de los límites establecidos en mandatos específicos concedidos con esa finalidad, acuerdos en nombre del Mercosur con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. El Grupo Mercado Común, cuando disponga de mandato para tal fin, procederá a la firma de los mencionados acuerdos. El Grupo Mercado Común, cuando sea autorizado por el Consejo del Mercado Común, podrá delegar los referidos poderes a la Comisión de Comercio del Mercosur.
- Someter al Consejo del Mercado Común su Reglamento Interno.
- Organizar las reuniones del Consejo del Mercado Común y preparar los informes y estudios que éste le solicite.
- Elegir al Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur.
- Supervisar las actividades de la Secretaría Administrativa del Mercosur.

Teniendo, incluso, facultades jurisdiccionales, como las de:

- Intervenir en el proceso de solución de controversias establecido en el Protocolo de Olivos.
- Resolver sobre reclamos de los particulares.
- Pronunciarse sobre el dictamen conjunto o conclusiones de los expertos del Comité Técnico elevadas por la Comisión de Comercio del Mercosur.

El Grupo Mercado Común, por el artículo 15, “...se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes”.

3. *La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)*

De acuerdo con el artículo 16 del Protocolo de Ouro Preto, la Comisión de Comercio del Mercosur, es el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, y le compete:

- a) Velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera.
- b) Efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países.

Estará integrada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado Parte y será coordinada por los ministerios de Relaciones Exteriores. Son funciones legislativas de la Comisión:

- Considerar y pronunciarse sobre las solicitudes presentadas por los Estados Partes con respecto a la aplicación y al cumplimiento del arancel externo común y de los demás instrumentos de política comercial común.
- Tomar las decisiones vinculadas a la administración y a la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes.
- Proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones a las normas existentes en materia comercial y aduanera del Mercosur.
- Proponer la revisión de las alícuotas arancelarias de ítems específicos del arancel externo común, inclusive para contemplar casos referentes a nuevas actividades productivas en el ámbito del Mercosur.
- Adoptar el Reglamento Interno, que someterá al Grupo Mercado Común para su homologación.

Son funciones administrativas:

- Efectuar el seguimiento de la aplicación de los instrumentos de política comercial común en los Estados Partes.
- Analizar la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formular Propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común.
- Informar al Grupo Mercado Común sobre la evolución y la aplicación de los instrumentos de política comercial común, sobre la tramitación de las solicitudes recibidas y sobre las decisiones adoptadas respecto de las mismas.
- Establecer los comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones, así como dirigir y supervisar las actividades de los mismos.
- Desempeñar las tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el Grupo Mercado Común.
- Velar por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial intra-Mercosur y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio.

Finalmente, pueden considerarse funciones judiciales:

- Tramitar consultas de los Estados parte, en un todo de acuerdo con la Directiva núm. 17/99 de la propia Comisión de Comercio.
- Mediar ante la presentación de conflictos y diferencias que estén dentro del área específica de competencia, presentadas por las Secciones Nacionales de acuerdo con el artículo 21 y el Anexo del Protocolo.⁴⁸ Este sistema prevé el trámite de las reclamaciones ante la Comisión.

Cabe mencionar que por Decisión núm. 18/02 del Consejo Mercado Común se aprobó el Reglamento del Anexo al Protocolo de Ouro Preto denominado Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur. De acuerdo con el artículo 21, la Comisión se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Siendo las Directivas obligatorias para los Estados Partes.

⁴⁸ Pizzolo, Colagero, *Pensar el...*, cit., nota 47, p. 283.

4. *La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC)*

El artículo 22 del Protocolo de Ouro Preto establece que la Comisión Parlamentaria Conjunta es el órgano representativo de los parlamentos de los Estados Partes en el ámbito del Mercosur.

Dicho órgano estará integrado por igual número de parlamentarios representantes de los Estados Partes, los que serán designados por los respectivos parlamentos nacionales, de acuerdo con sus procedimientos internos. La Comisión Parlamentaria Conjunta tiene como cometidos:

- a) Procurar acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, previstos en el artículo 2 del Protocolo.
- b) Coadyuvar en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración. Cuando fuere necesario, el Consejo podrá solicitar a la Comisión Parlamentaria Conjunta el examen de temas prioritarios.
- c) Adoptará su reglamento interno.

Como se observa, tanto en el Mercosur, como en la Unión Europea, la primera y principal tarea asignada a los parlamentos nacionales ha sido la de autorizar los tratados comunitarios. Se trata de una típica función parlamentaria mediante la que se procura la legitimación democrática de los acuerdos negociados por el Ejecutivo”.⁴⁹

En segundo lugar, con relación específicamente al Mercosur, el órgano comunitario creado, conformado por legisladores pertenecientes a los parlamentos nacionales de cada país, se constituye en un enlace entre los órganos comunitarios con capacidad decisoria y los poderes legislativos de los países para acelerar el proceso de integración, como surge, a su vez, del artículo III de su propio reglamento interno.

El artículo 26, por su parte, establece que la analizada Comisión Parlamentaria Conjunta remitirá Recomendaciones al Consejo del Mercado Común, por intermedio del Grupo Mercado Común.

⁴⁹ Delgado-Iribarren García-Campero, Manuel, “La función de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea”, García de Enterría, Eduardo (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas-Colegio Libre de Eméritos, 2002, p. 366.

5. *El Foro Consultivo Económico Social (FCES)*

Como una novedad respecto al Tratado de Asunción, el artículo 28 del Protocolo de Ouro Preto estableció al Foro Consultivo Económico-Social como el órgano de representación de los sectores económicos y sociales, integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte. Éstos no representan a los Estados, sino a las diversas cámaras empresarias, profesionales, sindicatos, etcétera.

Dicho Foro Consultivo Económico-Social tendrá una función consultiva y se manifestará mediante Recomendaciones al Grupo Mercado Común.

También podrá dictar su Reglamento Interno, el que someterá al Grupo Mercado Común, para su homologación.

6. *La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM)*

Respecto de la Secretaría Administrativa del Mercosur, cabe recordar que, originariamente, el artículo 15 del Tratado de Asunción previó que: “El Grupo Mercado Común contará con una Secretaría Administrativa, cuyas principales funciones consistirán en la guarda de documentos y comunicación de actividades del mismo. Tendrá su sede en la ciudad de Montevideo”.

El Protocolo de Ouro Preto, por su parte, modificó las funciones y ubicación de la Secretaría Administrativa del Mercosur, al regular sus atribuciones en la Sección VI, artículos 31 a 33.

Así, en virtud de lo establecido en el artículo 31 que expresa: “El Mercosur contará con una Secretaría Administrativa como órgano de apoyo operativo. La Secretaría Administrativa del Mercosur será responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del Mercosur y tendrá sede permanente en la ciudad de Montevideo”, la Secretaría administrativa, como sostiene González Moras, se convierte en el órgano de apoyo administrativo de toda la organización institucional del Mercosur.⁵⁰

El artículo 32 del Protocolo en análisis, le otorga a la Secretaría Administrativa del Mercosur las siguientes competencias:

- Servir como archivo oficial de la documentación del Mercosur.

⁵⁰ González Moras, Juan, conferencia, *cit.*, nota 44, “Principios de la organización administrativa...”

- Realizar la publicación y la difusión de las normas adoptadas en el marco del Mercosur. En este contexto, le corresponderá:
 - i) Realizar, en coordinación con los Estados Partes, las traducciones auténticas para los idiomas español y portugués de todas las decisiones adoptadas por los órganos de la estructura institucional del Mercosur, conforme lo previsto en el artículo 39.
 - ii) Editar el Boletín Oficial del Mercosur.
- Organizar los aspectos logísticos de las reuniones del Consejo del Mercado Común, del Grupo Mercado Común y de la Comisión de Comercio del Mercosur y, dentro de sus posibilidades, de los demás órganos del Mercosur, cuando las mismas se celebren en su sede permanente. En lo que se refiere a las reuniones realizadas fuera de su sede permanente, la Secretaría Administrativa del Mercosur proporcionará apoyo al Estado en el que se realice la reunión.
- Informar regularmente a los Estados Partes sobre las medidas implementadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo.
- Registrar las listas nacionales de los árbitros y expertos, así como desempeñar otras tareas determinadas por el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991.
- Desempeñar las tareas que le sean solicitadas por el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.
- Elaborar su proyecto de presupuesto y, una vez que éste sea aprobado por el Grupo Mercado Común, practicar todos los actos necesarios para su correcta ejecución.
- Presentar anualmente su rendición de cuentas al Grupo Mercado Común, así como un informe sobre sus actividades.

Cabe destacar que por la Decisión núm. 30/02 del Consejo Mercado Común, se decidió transformar a la Secretaría Administrativa en Secretaria Técnica a partir del 1 de mayo de 2003. Por el artículo 6o. se decidió “Autorizar a la Secretaría Administrativa del Mercosur a utilizar la denominación ‘Secretaría del Mercosur’ para fines de divulgación sin efectos legales”.

Por su parte, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, ha ampliado las competencias de la Secretaría Administrativa del Mercosur,

al establecer en su artículo 9o. que: “La Secretaría Administrativa del Mercosur tendrá a su cargo las gestiones administrativas que le sean requeridas para el desarrollo de los procedimientos”.

A su vez, el artículo 17 indica, con relación al Recurso de Revisión ante el Tribunal Permanente de Revisión, que: “La Secretaría Administrativa del Mercosur tendrá a su cargo las gestiones administrativas que le sean encomendadas para el desarrollo de los procedimientos y mantendrá informados a los Estados partes en la controversia y al Grupo Mercado Común”.

Por su parte, el artículo 33 del Protocolo de Ouro Preto establece que: “La Secretaría Administrativa del Mercosur estará a cargo de un director, quien tendrá la nacionalidad de uno de los Estados Partes. Será electo por el Grupo Mercado Común, de forma rotativa, previa consulta a los Estados Partes y será designado por el Consejo del Mercado Común. Tendrá mandato de dos años, estando prohibida la reelección”.

Los conflictos laborales que puedan suscitarse entre la Secretaría del Mercosur y los empleados de la misma, como así también con otras personas contratadas por dicha Secretaría para obras o servicios determinados en esta última o en otros órganos de la estructura del Mercosur, se resolverán en la instancia del Tribunal Administrativo-Laboral del Mercosur, creado por la Resolución núm. 54/03 del Grupo Mercado Común, en virtud de lo dispuesto por el artículo 56 de la Resolución núm. 42/97, una vez agotadas las vías administrativas correspondientes.

Se entenderá por agotamiento de las vías administrativas correspondientes, la realización de todas las gestiones relativas a su reclamación ante su inmediato superior en la Secretaría del Mercosur y ante el director de la misma, o ante el funcionario a cargo en el órgano correspondiente, según sea el caso. El Tribunal Administrativo-Laboral constituye la única instancia jurisdiccional con competencia para conocer y resolver los conflictos en materia administrativo-laboral exclusivamente, que se susciten entre otros órganos de la estructura institucional del Mercosur y el personal contratado por ellos.

IV. EL FUNCIONAMIENTO

1. *Fuentes jurídicas del Mercosur*

De acuerdo con el artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto, las fuentes jurídicas del Mercosur, son:

1. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios, que constituye el derecho primario u originario del sistema y tiene prelación de rango sobre las otras fuentes.
2. Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos, que también constituyen derecho originario.
3. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción, que constituye el ordenamiento secundario o derivado.

Para algún sector de la doctrina argentina, al no definir el Protocolo de Ouro Preto ni el alcance y las características de las mencionadas normas derivadas, ha considerado que las tres fuentes tienen sustancia legislativa, pero con las diferencias de contenido y grado que les otorga la conformación del órgano emisor. Así, las decisiones del Consejo Mercado Común, son actos legislativos para conducir el proceso de integración, asegurando el cumplimiento de los objetivos establecidos en los Tratados. Las resoluciones del Grupo Mercado Común son actos legislativos para velar, en el ámbito de su competencia, por el cumplimiento del Tratado de Asunción y tomar las medidas necesarias para cumplir las decisiones adoptadas por el Consejo Mercado Común. Por último, las directivas de la Comisión de Comercio, son actos legislativos que tiene por fin velar por la aplicación de los instrumentos de la política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera.⁵¹

La jurisprudencia del Tribunal Arbitral Ad Hoc⁵² establecido por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el Mercosur, hoy derogado por el Protocolo de Olivos, ha establecido claramente el ordenamiento jurídico aplicable, en su relación jerárquica, remarcando un enfoque teleológico y reafirmando una hermenéutica integradora del derecho internacional. En esta ocasión sostuvo que:

⁵¹ Midón, Mario A. R., *Derecho de la integración...*, cit., nota 24, pp. 246-267.

⁵² Para lo que sigue, véase Salomoni, Jorge Luis, "Medios alternativos de resolución de conflictos con el Estado. El proceso arbitral ante tribunales internacionales: La fuerza expansiva de su jurisprudencia en el derecho público argentino", conferencia dictada en la Universidad Católica Argentina, septiembre de 2003, en proceso de edición.

53. El Protocolo de Brasilia enuncia las fuentes normativas del Mercosur, disponiendo en su artículo 19: “El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia”. *Dicha enumeración consagra un derecho originario constituido por las normas de los tratados y sus anexos y los acuerdos entre los Estados y un derecho derivado formado por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común.*

54. *El Protocolo de Ouro Preto agregó como fuente normativa del Mercosur las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur* (artículo 41). Dicho Tratado esclarece que las normas emanadas de los órganos del Mercosur (Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del Mercosur) “tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país” (artículo 42).

55. 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. Cabe a este respecto recoger la perspectiva finalista del proceso de integración del Mercosur reafirmada en el Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc (de fecha 28 de abril de 1999, núm. 57), el cual destaca que: “El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido”; y núm. 65 que dice: “...De esta manera, la liberación comercial, escollo tradicional de los intentos anteriores de integración latinoamericana, se constituiría en la masa crítica necesaria para impulsar las demás acciones hacia el Mercado Común, quebrando la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración”.

Esta es la convicción común de todos los Estados Miembros del Mercosur, como lo han manifestado las Partes durante el proceso.

56. La aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe realizarse además, desde una óptica integradora con las normas y princi-

prios que regulan el derecho internacional. Conviene recordar que el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del Mercosur “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicable en la materia” (artículo 19). Dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional.

57. En un nivel más amplio que el regional, las relaciones comerciales internacionales se rigen por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En este ámbito, las restricciones al otorgamiento de subsidios a la exportación están reguladas por el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). En el seno de la OMC se insertan las reglas de ALADI y en un círculo más interno, las normas del Mercosur. Todas estas normas pretenden asegurar condiciones de libre comercio que caracterizan y dan sustento a un proceso de integración.

58. En el ámbito regional, dentro del elenco de fuentes normativas aplicables al caso, adquiere especial relevancia el análisis de la Decisión del Consejo Mercado Común núm. 10/94, sobre Armonización para la Aplicación y Utilización de Incentivos a las Exportaciones por parte de los Países Integrantes del Mercosur, en la medida que se trata de una Decisión emanada de un órgano con supremacía institucional y jerárquica dentro de la organización del Mercosur, que contiene disposiciones sobre restricciones a los incentivos a las exportaciones.⁵³

A su vez, el Tribunal Arbitral ha establecido, también, tanto los principios generales de un sistema jurídico de integración como los principios generales del derecho, aplicables prioritariamente para la resolución de los conflictos que se suscitan. Entre los primeros incluyó a los principios de Proporcionalidad, de Limitación de la Reserva de Soberanía, de Razonabilidad y de Previsibilidad Comercial. Entre los principios generales del derecho invocó la teoría del Acto Propio o *Estoppel*. Dijo el Tribunal:

Respecto a la eliminación de restricciones según la normativa fundacional del Mercosur, el artículo 1 del Tratado de Asunción expresa que, “...Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y facto-

⁵³ Laudo núm. II, constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, *sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo*, de fecha 27 de septiembre de 1999.

res productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente...”.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2, b) del Anexo I al Tratado de Asunción, se entenderá por “restricciones”, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco.

La prohibición de imposición de restricciones o “medidas de efecto equivalente” en el Mercosur posee un carácter absoluto, o sea, no puede ser empleada por un Estado miembro aunque la “medida” no se destine a la discriminación del producto extranjero. Ese tipo de norma es esencial en un sistema de integración regional.

Todas las restricciones y medidas de efecto equivalente constituyen barreras y obstrucciones al comercio y son incompatibles con el libre comercio y la formación de un mercado común.

Principios generales en materia de integración

Una cuestión importante para los Estados es la compatibilidad entre el libre comercio y las normas internas de comercialización de productos. Frente a este problemática los Estados deben siempre tener presente que las razones invocadas por las autoridades nacionales, aunque relevantes, están sujetas al *principio de la proporcionalidad*, o sea, por la lógica del proceso de integración no se admiten trabas al comercio para la protección de bienes que podría ser obtenida por medios menos restrictivos, por ejemplo, informar al consumidor acerca del producto que está comprando, sus especificidades y cualidades.

Otro tema fundamental de la lógica integracionista es el que se refiere a la existencia de una *reserva de soberanía* que permite a los Estados Miembros del Mercosur la imposición de barreras por decisión unilateral. Sin embargo, en el presente caso no está en juego la aplicación de una reserva de soberanía en razón de que el Tratado de Asunción limita las causales de reserva a las situaciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980.⁵⁴

⁵⁴ *Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI)*: “Artículo 50. Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: a) Protección de la moralidad pública; b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; c) Regulación de las importaciones o exportaciones de ar-

Otro principio que debe tenerse en cuenta es el de la *razonabilidad*, vale decir que las acciones de las autoridades de los Estados Miembros no pueden exceder el margen de lo necesario para alcanzar los objetivos propuestos. En otras palabras, esas acciones no pueden ser arbitrarias y no pueden violentar los principios de la libre circulación. El principio de la razonabilidad debe orientar las acciones de los Estados pues en aquél están incorporados la seguridad jurídica del proceso de integración, la garantía de los valores protegidos por los Tratados fundacionales del Mercosur, así como la prudencia, la causalidad y la proporcionalidad ya referida.

El “*principio de la previsibilidad comercial*” también se impone en este caso. La certeza jurídica, claridad y objetividad son condiciones imprescindibles y reglas generales para las actividades comerciales de los Estados Miembros y son elementos esenciales para la confianza en el mercado común.

Para el Tribunal, los principios aquí referidos de la “proporcionalidad”, “limitación de la reserva de soberanía”, “razonabilidad” y de la “previsibilidad comercial” dan fundamento al Mercado Común del Sur. Son elementos esenciales de la cooperación entre los Estados Miembros, de la reciprocidad en condiciones de igualdad, del equilibrio entre las ventajas y obligaciones que derivan de la integración y de la formación gradual del mercado compartido.

Los principios generales de derecho: el *estoppel*.

La Portaria núm. 8/00 contradice asimismo principios generales del derecho internacional, mentados en el Protocolo de Brasilia (artículo 19) como fuente de derecho aplicable por los Tribunales Arbitrales para la solución de controversias.

Para el Tribunal la definición generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia internacional expresa, de acuerdo al Segundo Informe sobre los Actos Unilaterales de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que el *estoppel* y, por consiguiente, el carácter obligatorio de las declaraciones de un Estado que le obligan a respetar una conducta determinada, tiene como base actos secundarios de un tercer Estado y consecuencias perjudiciales que resultarían de un cambio de actitud del Estado que creó la expectativa en el otro Estado. (“*Deuxième*

mas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares; d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; e) Importación y exportación de oro y plata metálicos; f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear”.

rapport sur les actes unilatéraux des États”, www.un.org/law/ilc/sessions/51/french/500.pdf. Ginebra, 1999).

Aun en el marco de las opiniones doctrinarias citadas por la Reclamada, el Tribunal entiende que la señalada concurrencia de elementos contestes: tráfico comercial, declaraciones oficiales, a más de los concordantes actos concluyentes de órganos del Estado justifican la invocación del principio del *estoppel* que realiza la Parte Reclamada. Pero debe señalarse que, a su juicio, el hecho de que la cuestión en debate se plantee en el seno de un proceso de integración como el que el Mercosur se propone realizar, debe facilitar la aplicación de los principios jurídicos que protegen la confianza y por consiguiente vedan el “*venire contra factum proprium*”.

La aplicación de la teoría del acto propio a las relaciones entre Estados vinculados por tratados de integración económica como los que constituyen y desarrollan el Mercosur, no puede hacer abstracción de la especial relación que tales tratados crean entre sus signatarios. La existencia de esta relación básica, constituida por un tratado y desarrollada luego a través de los años por otros actos jurídicos así como por actividades comerciales y productivas, debe ser tenida en cuenta al considerarse la posibilidad de aplicar a una situación particular, la teoría del acto propio o *estoppel*, a efectos de asegurar la subsistencia de un flujo comercial preexistente a normativas internas que pretenden restringir o frustrar ese flujo.⁵⁵

Finalmente, resulta muy importante este Laudo con relación a la construcción del derecho comunitario, ya que establece la prohibición de la utilización de la excepción de incumplimiento, aun cuando no se haya alcanzado un derecho comunitario pleno. En palabras del propio Tribunal:

65. Así pues, el Protocolo de Brasilia se adoptó no sólo para dar, sin más, cumplimiento formal a lo dispuesto en el artículo 3 y en el Anexo III del Tratado de Asunción, sino en el convencimiento de que el mismo serviría para fortalecer las relaciones entre las Partes basadas en la justicia y la equidad, así como en la reciprocidad entendida desde la lealtad hacia el sistema de integración. No es preciso, en consecuencia, que estemos ante un “derecho comunitario pleno” para excluir el mecanismo de autotutela del ordenamiento jurídico del Mercosur (y no otra cosa es, en última ins-

⁵⁵ Laudo núm. VI, relativo a la controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante) y la República federativa de Brasil (Parte Reclamada) sobre “*Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay*”, de fecha 9 de enero de 2002.

tancia, la *exceptio non adimpleti contractus*). Antes al contrario, basta para su exclusión con que los Estados Partes hayan previsto, como es el caso del Mercosur, un marco específico para solucionar sus controversias, que supedita la adopción de medidas de represalia al incumplimiento del correspondiente laudo; marco específico que, junto con el sistema visto en su conjunto desde el mencionado prisma de la lealtad hacia la propia estructura regional y hacia todos los Estados Partes, se vería igualmente defraudado si se permitiera amparar incumplimientos propios en incumplimientos ajenos por la vía de la *exceptio non adimpleti contractus*.⁵⁶

2. *El modelo de administración indirecta en la organización administrativa del Mercosur*

En función de la caracterización de los órganos del Mercosur con competencias legislativas y ejecutivas, su composición y el procedimiento de toma de decisiones por consenso, la organización administrativa del mismo en relación con la aplicación o ejecución del derecho del Mercosur ha adoptado el modelo de la Administración indirecta, el cual, por ende, constituye el principal principio de organización administrativa del Mercosur.⁵⁷

De él se derivan, por su parte, los de Cooperación y lealtad, y el de autonomía, los cuales han sido aplicados en diversos laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc.

⁵⁶ Laudo núm. IX relativo a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamada), sobre “*Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos complementarios con la Normativa Mercosur que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona*”, de fecha 4 de marzo de 2003.

⁵⁷ González Moras, Juan, conferencia “Principios de la organización administrativa...”, *cit.*, nota 44, y continúa: “Por su parte el Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, ha establecido, en el Laudo Arbitral del 10 de marzo de 2000, que: “...deberá también tenerse en cuenta que la resolución 124/94 fue adoptada por el Grupo Mercado Común y que la Directiva 1/95 fue tomada por la Comisión de Comercio del Mercosur, ambos órganos con funciones ejecutivas ...más que con funciones legislativas sobre cuestiones fundamentales dentro del proceso de integración y el logro de los objetivos del TA. Esta última función está reservada al Consejo del Mercado Común...” Laudo del Tribunal Arbitral relativo a la controversia entre la República Federativa del Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Res. 861/99) del ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, de fecha 10 de marzo de 2000”.

En efecto, ello es consecuencia de la adopción, por parte de los Estados miembros, de obligaciones recíprocas, tanto positivas como negativas, a efectos de asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias.

Todo lo cual, se funda en lo dispuesto por los artículos 1, 4 y 8 del Tratado de Asunción, y el artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto que establece que: “Los Estados Partes se comprometen 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 artículo 2 de este Protocolo”.

Previéndose, expresamente, en el artículo 12 del mismo Protocolo de Ouro Preto que el Grupo Mercado Común, órgano ejecutivo “...Al elaborar y proponer medidas concretas en el desarrollo de sus trabajos (...) podrá convocar, cuando lo juzgue conveniente, a representantes de otros órganos de la administración pública o de la estructura institucional del Mercosur.”

Principio de la administración indirecta con el que son congruentes los protocolos adicionales actualmente vigentes, y que se mencionaron más arriba, que establecen como regla general, este sistema de aplicación o ejecución indirecta del derecho comunitario.

3. Aplicación del derecho derivado del Mercosur

Cabe mencionar, en primer lugar que, de acuerdo con el artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto, los Estados Partes se comprometieron a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas comunitarias.

El artículo 40 del Protocolo, estableció, por su parte, que 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 ordenamiento jurídico 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.

- iii) 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.

Estas normas fueron reglamentadas por las Decisiones núm. 23/00 y 20/02, del Consejo Mercado Común, y denominadas Incorporación de la Normativa Mercosur al Ordenamiento Jurídico de los Estados Partes, y Perfeccionamiento del Sistema de Incorporación de la Normativa Mercosur al Ordenamiento Jurídico de los Estados Partes, respectivamente.⁵⁸ Ya volveré sobre esta cuestión y la decisión judicial al analizar el punto siguiente.

Merece destacarse la Decisión núm. 08/03, del Consejo Mercado Común, por la cual se estableció el Procedimiento para la Derogación de Normas Mercosur, que dispuso, en lo que aquí interesa, en su artículo 1o. que: “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

⁵⁸ El artículo 5 de la Decisión núm. 23/00, modificada por la Decisión núm. 20/02 establece que: “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) Existe norma nacional que contemple en idénticos términos la norma Mercosur aprobada. En este caso la Coordinación Nacional realizará la notificación prevista en el artículo 40 (i) en los términos del artículo 2 de esta Decisión, 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”. Ello permite que, a través de una decisión del Consejo, una norma que no obstante trate de aspectos de organización o funcionamiento del Mercosur, pero que impacte en los ordenamientos nacionales, no necesite ser incorporada a dichos ordenamientos, teniendo vigencia desde su aprobación. Aquí se estaría realizando el derecho comunitario en los términos que se discutirán seguidamente.

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

No obstante el sistema reseñado, es sabido que lo que determina la esencia comunitaria del derecho europeo es la existencia de tres principios básicos con relación a los ordenamientos nacionales, a saber,

- i. el efecto directo,
- ii. la primacía, y
- iii. el efecto inmediato de tal derecho europeo.

Con relación al Mercosur, resta analizar si tales principios se verifican en el sistema, para determinar la existencia o de la comunidad.

A. *Obligatoriedad*

El artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto estableció que las normas emanadas del Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio, tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

El Tribunal Arbitral Ad Hoc ha definido el principio de la obligatoriedad, por parte de los Estados Miembros, de la incorporación del derecho derivado, esto es, el producido por los órganos comunitarios, y la consecuencia de tal incumplimiento. Este Laudo constituye un eslabón más del proceso constructor del sistema comunitario.⁵⁹ El Tribunal ha sostenido que:

7.1. El artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto (en adelante el POP), complementado por el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, establece claramente la obligación de los Estados Partes de incorporar la normativa Mercosur a sus respectivos derechos internos.

7.2. El artículo 40 del POP dispone en su literal i) que “Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur”.

⁵⁹ Salomoni, Jorge Luis, conferencia “Medios alternativos de resolución de conflictos...”, *op. cit.*, nota 52.

Por su parte, el artículo 38 del POP dispone: “Los Estados Partes 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 artículo 2 de este Protocolo”.

7.3. La obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP surge como consecuencia de la no aplicación directa en los Estados Partes de la normativa Mercosur, distinguiendo el Protocolo de Ouro Preto entre las nociones de obligatoriedad y vigencia de las normas que componen el derecho derivado en el Mercosur.

7.4. En efecto, el artículo 42 del POP establece que “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país”.

7.5. No obstante la obligatoriedad de la normativa Mercosur desde su perfeccionamiento por el consenso de los Estados Partes, la vigencia de las mismas es postergada hasta la efectiva incorporación de dicha normativa al derecho interno de cada uno de los Estados Partes, en los casos que esto es necesario.

7.6. Así lo ha entendido la Jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales “*ad hoc*” en el Mercosur expresando que “el régimen resultante, sin embargo no es incoherente ni contradictorio sino que responde al concepto llamado en doctrina “de vigencia simultánea” —por oposición a la aplicación inmediata— en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema en el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del artículo 40” (Laudo Arbitral en la controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución núm. 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, Considerando 116).

7.7. En este sentido, mientras las normas son obligatorias para los Estados Partes, no obstante no haber entrado en vigencia simultánea, *la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa, y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que por “su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada”* (Laudo Arbitral *cit.*, Considerando 117).

7.8. *La obligación de incorporar la normativa Mercosur a los derechos internos de los Estados Partes constituye una obligación de hacer que compromete la responsabilidad internacional de los Estados en caso de no*

cumplimiento. En este sentido la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del Mercosur ha establecido que “dada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido” (Laudo Arbitral *cit.*, Considerando 117).⁶⁰

B. Efecto directo

La creación de derechos y obligaciones producida por el derecho comunitario, tanto para los órganos del sistema, los Estados miembros como para los particulares, constituye el efecto directo de la norma comunitaria. Por ello se puede invocar por estos últimos ante los tribunales nacionales que deben tenerlos en cuenta para la solución del caso.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha sostenido que el efecto directo del ordenamiento comunitario, se puede predicar cuando se dan dos condiciones: a) que la disposición sea incondicional (lo que sucede “cuando no está sujeta a ninguna condición ni subordinada en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros”) y a la vez b) suficientemente precisa (“una disposición es suficientemente precisa para ser invocada por un particular y aplicada por el juez cuando impone una obligación en términos inequívocos”).⁶¹

Por lo tanto, y no obstante que el efecto directo de un derecho “...no depende de su reconocimiento por los ordenamientos internos de los Estados parte, sino de la naturaleza y estructura propia de la norma”, en el Mercosur, ese efecto lo darían los artículos 39 y 40 del Protocolo de Olivos en cuanto permite a los particulares entablar reclamos de la sanción o

⁶⁰ Laudo núm. VII, relativo a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República Federativa de Brasil (Parte Reclamada) sobre “*Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC núm. 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el Mercosur*”, de fecha 19 de abril de 2002.

⁶¹ Lo entre paréntesis pertenece al fallo Van Gend en Loos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, del año 1962. (Perotti, Alejandro D., “Estructura Institucional y Derecho del Mercosur”, *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, La Ley*, año 6, núm. 1, febrero de 2002, p. 98).

aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

A su vez, el artículo 40.1 prescribe que: “Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios”. Por lo tanto el sistema establece el efecto directo de la normativa del Mercosur al poder ser invocada directamente por los particulares, tanto ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc como ante los tribunales nacionales.

C. *La primacía*

Cuando se habla de primacía, se hace referencia a la prevalencia de un determinado ordenamiento sobre otro. Por eso se distinguen dos acepciones en la primacía del derecho internacional general sobre los ordenamientos nacionales. La primera: a) el deber de los Estados de adecuar su legislación interna a sus obligaciones internacionales, y la segunda: b) la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, que puede ser legal o constitucional.⁶²

La primera acepción encuentra consagración normativa en el artículo 1 *in fine* del Tratado de Asunción.

La segunda acepción, resulta de la naturaleza del derecho comunitario, que no depende de las disposiciones nacionales para otorgarle su fuerza normativa.⁶³

Por lo tanto, el principio de primacía del derecho del Mercosur, sostiene su prevalencia sobre el derecho interno de los Estados parte, cualquiera sea su rango y naturaleza, lo que incluye al ordenamiento constitucional de cada país.

⁶² Pizzolo, Calogero, *Globalización e Integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 75.

⁶³ Perotti, Alejandro D., “Estructura Institucional...”, *cit.*, nota 61, pp. 91 y 92.

D. *El efecto inmediato*

El principio de efecto inmediato significa que la norma comunitaria una vez sancionada por el órgano regional competente y publicada en el periódico oficial, o en su caso una vez notificada, ingresa directamente al derecho nacional sin que sea necesario ningún acto de los poderes públicos nacionales que de alguna manera “incorporen”, “internalicen”, “nacionalicen” o “recepten”. Es decir, a partir de aquel momento el derecho comunitario se incorpora al derecho interno de manera automática y sin cumplir ningún mecanismo adicional.⁶⁴

El artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto, en una interpretación que comparto,⁶⁵ al establecer que serán obligatorias, y que de ser necesario, deberán incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales, está reconociendo que existen normas, que dictadas por los órganos con capacidad decisoria, son de efecto inmediato y no necesitan su transposición al derecho interno de los Estados Miembros. Entonces carácter obligatorio de las normas del Mercosur y vigencia inmediata —siempre que no sea necesaria su incorporación al ordenamiento interno— son utilizados como sinónimos.

Sin embargo, tal afirmación debe ponderarse a través del pretranscrito Laudo núm. VII, del Tribunal Arbitral Ad Hoc, de fecha 19 de abril de 2002, que constituye un avance en algunos aspectos sobre la responsabilidad internacional por la no incorporación, por parte de los países miembros, de la normativa comunitaria, y un retroceso en la noción de obligatoriedad como vigencia inmediata. Ello por cuanto desconoce la naturaleza del derecho comunitario, que no depende, como se dijo, de las disposiciones nacionales para otorgarle su fuerza normativa y sus efectos directos. El Laudo precisamente, declara que la apreciación de cuando es necesario proceder a la incorporación queda en manos de cada Estado, y ello basado en la estructura institucional del Mercosur, agregando, desafortunadamente en mi opinión que, “la aplicación directa de las normas del Mercosur no sería compatible con el régimen constitucional de algunos Estados Partes”.

Como se observa, la cuestión está abierta y a la espera de una nueva decisión judicial.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 102.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 104.

4. *Resolución de conflictos. Fuerza expansiva de la jurisprudencia arbitral*

Con respecto al sistema de solución de controversias, tanto el Protocolo de Brasilia, como el vigente Protocolo de Olivos, establecen un similar sistema de resolución de conflictos en el Mercosur,⁶⁶ y que sintéticamente consiste en:

- i. Negociaciones directas.
- ii. Intervención del Grupo Mercado Común.
- iii. Procedimiento arbitral ante los Tribunales Arbitrales Ad Hoc.
- iv. Recurso de revisión o acceso directo y en única instancia, ante el Tribunal Permanente de Revisión.⁶⁷

Este último órgano, y su correlativa competencia, fue creado por el mencionado Protocolo de Olivos, y tiene función consultiva,⁶⁸ reglamen-

⁶⁶ Analizaré exclusivamente el sistema de resolución de conflictos entre Estados integrantes del Mercosur, y entre particulares y uno o más de esos Estados. Sobre el arbitraje internacional entre particulares en el Mercosur, véase Noodt Taquela, María Blanca, *Arbitraje internacional en el Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, entre otros.

⁶⁷ Es de destacar que el artículo 26 del Protocolo de Olivos “Obligatoriedad de los laudos” establece: “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 fuere 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”. Por su parte, el artículo 27, “Obligación del cumplimiento de los laudos”, establece: “Los laudos deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. La adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado parte de su obligación de cumplir el Laudo”.

⁶⁸ El artículo 2o. de la Decisión núm. 37/2003 establece que estarán legitimados para solicitar opiniones consultivas todos los Estados Partes del Mercosur, los órganos con capacidad decisoria del Mercosur y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional. En este último caso, de acuerdo con el artículo 4o., las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante. Este mecanismo está inspirado en el procedimiento de reenvío prejudicial instaurado en la Comunidad Europea y en la Comunidad Andina. Susani, Nadine, “El alcance del procedimiento de opiniones consultivas establecido por el Reglamento del Protocolo de Olivos”, *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, La Ley*, Buenos Aires, año 8, núm. 1, marzo de 2004, p. 68.

tada por el Consejo Mercado Común por el mencionado Decreto 37/2003, y función contenciosa, con competencia para juzgar mediante recurso de revisión del laudo emitido por el Tribunal Arbitral Ad Hoc,⁶⁹ además de competencia para juzgar, en única instancia las acciones que le fueran interpuestas directamente por las partes, mediante acuerdo entre ellas y después del agotamiento de las negociaciones directas. Es de resaltar el salto cualitativo que significó instituir un Tribunal permanente que institucionalice una interpretación uniforme del sistema, más allá que, los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del Protocolo de Brasilia, han realizado una función semejante al basar sus Laudos en los precedentes anteriores y constituir, así, un cuerpo uniforme de doctrina judicial.

Estos Tribunales Arbitrales Ad Hoc, instituidos por el Protocolo de Brasilia y consolidados por el Protocolo de Olivos para la Solución de Conflictos en el Mercosur, han establecido una jurisprudencia con pretensión acumulativa y obligatoria para las distintas integraciones de los mismos. Ello ha significado un gran paso en la construcción del derecho comunitario, el que se ha pretendido realizar a través de los nueve laudos arbitrales hasta ahora fallados.⁷⁰

Las decisiones arbitrales han construido los principios emergentes del sistema comunitario y, también han tenido su incidencia directa en el derecho administrativo nacional y local de los países miembros.⁷¹

Como comprobación de esto último, mencionaré al Laudo núm. IV, sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución núm. 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, de fecha 21 de mayo de 2001.

⁶⁹ Artículos 17 y 23 del Protocolo de Olivos.

⁷⁰ Para un análisis detallado de los Laudos Arbitrales del Mercosur, véase Salomoni, Jorge Luis, conferencia “Medios alternativos de resolución de conflictos...”, *cit.*, nota 52.

⁷¹ “La influencia del derecho público comunitario en los derechos administrativos es doble. Por un lado, es una influencia directa, que se desarrolla a través de relaciones ‘verticales’ entre la Comunidad Europea y cada derecho administrativo nacional. Por otro lado, la influencia es ‘horizontal’: el derecho comunitario crea una ‘plataforma’, que constituye un vehículo para los ‘trasplantes’ de institutos de un derecho nacional a otro”. (Cassese, Sabino, *L’influenza del diritto amministrativo sui diritti amministrativi nazionali*”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Milán, núm. 3, 1993, p. 329. Traducción propia.

En primer lugar, este acto jurisdiccional, eleva a principio comunitario el vicio de desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos. En segundo lugar, establece un nuevo supuesto de desviación de poder que no fue receptada jurisprudencialmente hasta estos días en algunos países integrantes del Mercosur, como la Argentina. Y finalmente, incorpora típicamente un nuevo principio en el procedimiento administrativo, denominado ‘de Moralidad’, que para el caso de la República Argentina, no se encuentra legislado en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos núm. 19.549, del año 1972, ni en las 23 leyes de procedimientos administrativos vigentes en igual número de provincias que conforman la federación.⁷² Obsérvese, pues, la novedad:

166) Cuando se dice que la administración se obliga a la finalidad se está significando que ella se subordina al principio de la finalidad. No se trata de una consecuencia de la legalidad, pues es más, se trata de algo que es inherente a la legalidad: es la exigencia de cumplir la ley tal cual ella es. Por eso la desviación de la finalidad viola la ley de modo peculiar: aunque obedezca a su forma, la desviación de poder burla la ley so pretexto de cumplirla.

En este sentido, la actividad administrativa está vinculada a un fin ajeno a la persona y a los intereses particulares del agente o del órgano que la ejerce. Y la desviación de poder ocurre no solamente cuando la actuación administrativa es extraña a cualquier finalidad pública, sino también cuando “el fin perseguido, si bien es de interés público no es el fin que la ley señala para aquel acto” (Jean Rivero, *Droit Administratif*, 2a. ed., París, Dalloz, 1962, pp. 225-260).

Resulta claro que agrega o positiviza un nuevo supuesto de desviación de poder —un fin de interés público distinto al señalado por la ley aplicable al caso— no utilizado por la jurisprudencia nacional de algunos Estados miembros. Este supuesto transformado en principio comunitario podría ser invocado por cualquier particular ante los tribunales nacionales. Y continúa el fallo:

⁷² Cabe destacar, que la primera Ley de Procedimientos Administrativos de la República Argentina, fue la núm. 7647, de 1970, de la Provincia de Buenos Aires, y que se debió a la genial inspiración del lamentablemente desaparecido maestro Osvaldo M. Bezzi, profesor emérito de la Universidad Nacional de La Plata.

Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta *el principio de moralidad*. Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y llaneza, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos.

Esto es, se positiviza el principio de Moralidad en el procedimiento administrativo de los Estados miembros del Mercosur.

V. CONCLUSIÓN

Como sostuve en otra oportunidad,⁷³ lejos estamos del Estado soberano y del ejercicio de sus potestades en los términos de su constitución originaria. La internacionalización de los ordenamientos jurídicos nos enfrenta a una nueva realidad que, por lo menos hasta ahora, los administrativistas no hemos tematizado.

Tanto la incorporación de normas supranacionales como de sistemas de control por órganos también supranacionales, configuran una nueva realidad en la producción y aplicación del ordenamiento jurídico que escapa a los moldes tradicionales del Estado decimonónico.

La construcción del sistema comunitario del Mercosur obedece a un imperativo histórico, político, económico, social y cultural de la América del Sur, que alcanza hoy a toda América Latina.

Es posible que no sea comparable a las instituciones y funcionamiento de la Unión Europea. Los caminos de la integración tienen infinidad de senderos. Pero todos conducen al mismo fin.

Pero todo ello, debemos observarlo a través de la preocupación principal que motivó el interrogante que formuló uno de los más importantes juristas europeos contemporáneos, el italiano Sabino Cassese,⁷⁴ sobre cuál era nuestra tarea como hombres de la cultura ante una reforma constitucional, extensible al caso en análisis, por la incidencia que la normativa comunitaria puede tener sobre los ordenamientos nacionales, fundamentalmente en su carta magna. Y la respuesta se basó en el entendimiento que

⁷³ Salomoni, Jorge Luis, conferencia "Medios alternativos de resolución de conflictos...", *op. cit.*, nota 52.

⁷⁴ Sabino Cassese, "Cultura giuridica e riforma costituzionale", *L'Amministrazione e la costituzione. Proposte per la costituente*, pp. 163 y ss., Bologna, Il Mulino, 1993.

“...una Constitución —y agrego, un ordenamiento jurídico— tiene su ‘*background*’ político, pero debe tener también un ‘*background*’ cultural...”, que se traduce en una cultura jurídica que debe constituir un estímulo para iniciativas concretas. Es decir, promover una argumentación racional anclada en la cultura regional que permita detectar los fines valiosos a los cuales se tiende en un tiempo y en una sociedad determinada, y los instrumentos posibles para su logro. La cultura jurídica debería ser, entonces, la base de la reforma del ordenamiento o el guardián de la vigencia del mismo.

El Mercosur representa la realización de esa cultura jurídica que tiende a concretar, en su ámbito, el ideal de dignidad de la persona humana y al progreso económico con justicia social.