

RÉGIMEN DE INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO, EL CASO DEL MERCOSUR

Arturo OROPEZA GARCÍA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tratado de Asunción*. III. *Protocolo de Brasilia*. IV. *Protocolo de Ouro Preto*. V. *Régimen de incorporación*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El Mercosur es el resultado de la conciliación de las diferencias políticas e históricas de dos de sus principales integrantes, Brasil y Argentina. La idea de la comunidad unida de crear acuerdos sólidos entre los intereses comunes de Argentina y Brasil se tuvo desde siempre, pero por muy diversas circunstancias jamás se concretó. Sin embargo para la década de los ochenta ambos gobiernos, teniendo como características que eran los primeros libremente electos después de periodos ausentes de democracia, enfrentaban la imperiosa necesidad de reorientar y reestructurar sus economías.

El enorme peso de la deuda externa contraída en los años anteriores, la falta de nuevos créditos, la necesidad de hacer grandes inversiones para modernizarse y para competir en el mundo, llevó a comprender a ambos gobiernos que el proceso de reconversión y expansión tendría grandes ventajas si era encarado en forma conjunta. En ese contexto, para fines de 1985 los presidentes Raúl Alfonsín de Argentina y José Sarney de Brasil ratifican la voluntad de encarar el futuro en conjunto y con ello crean el marco político para que se exploren las relaciones entre sus gobiernos. Argentina desarrolla su idea de una “asociación preferente” con Brasil e invita en fe-

Catedrático de la División de Posgrado de la UNAM, especialista en integración latinoamericana y negocios internacionales.

brero de 1986 a representantes de ese país a una reunión privada para discutir las características de la misma, la cual se tradujo en discusiones dentro de un clima de exploración y libre cambio de ideas. Semanas después es Brasil quien invita a una reunión de características similares, dando su respuesta favorable a la idea argentina y comenzando a diseñarse los principales puntos del acuerdo.

Una idea central que fluyó desde el principio era que debía servir no para cerrarse sobre sí mismos, sino que la visión estratégica era verlo como el camino más apropiado para mejorar la inserción de otros socios en el contexto internacional, desde un punto de vista cualitativo y competitivo. La idea de un acuerdo económico y político de esta naturaleza creaba escepticismo y dudas. Escepticismo porque la experiencia de los países, al igual que otros de América Latina, provenía de una vivencia de acuerdos no exitosos o de resultados limitados como fueron la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) y su sucesora, aún vigente, la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración).

Un segundo escenario lo constituían las dudas porque en 1985, salvo la excepcional experiencia de la Comunidad Económica Europea, no había otros casos de integración relacionados con economías relativamente exitosas de desarrollo intermedio. En 1986 no existía el acuerdo entre Estados Unidos y Canadá, menos aún por supuesto el TLCAN (NAFTA) que les vincula con México.

La declaración de Foz de Iguazú, firmada en noviembre de 1985 por Argentina y Brasil, comprometía a ambos gobiernos a superar la desconfianza recíproca y rivalidad que caracterizaba la relación política bilateral; también los comprometía para que a mediados de 1986 cada uno de los países presentara un informe con las prioridades para la cooperación. Las expectativas fueron superadas puesto que en lugar de un informe lo que los negociadores presentaron fue un esquema completo y avanzado de integración. El 29 de julio de 1986, en Buenos Aires se firma el acta para la integración argentino-brasileña conocida como “Acta de Buenos Aires”. En la misma los presidentes de ambos gobiernos deciden establecer el “Programa de Integración y Cooperación Económica” (PICE) entre la República Argentina y la República Federal de Brasil.

Siguiendo la misma línea, el 10 de diciembre de 1986 se firma “El Acta de la Amistad Argentino-Brasileña, Democracia, Paz y Desarrollo”, en la que es manifiesta la voluntad de ambas partes de lograr el éxito del progra-

ma de integración y cooperación económica, ya que se estableció un compromiso de carácter gradual, flexible y equilibrado entre los dos países. El 29 de noviembre de 1988 se firmó en Buenos Aires el “Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo” entre Argentina y Brasil, por virtud del cual demostraron el deseo de constituir un espacio económico común en el plazo de diez años, por medio de la liberación comercial. El tratado preveía, entre otras medidas, la eliminación de todos los obstáculos tarifarios y no tarifarios al comercio de bienes y servicios y a la armonización de políticas macroeconómicas. El tratado fue sancionado por los Congresos de Brasil y Argentina en agosto de 1989. Para conseguir los objetivos planteados se acordó el establecimiento de una zona de libre comercio en un plazo de diez años y en una segunda etapa de un mercado común a través de la armonización de políticas aduaneras, comerciales y sectoriales.

Con las modificaciones introducidas en los programas económicos de los gobiernos de Brasil y Argentina y la adopción de nuevos criterios de modernización y competitividad, el 6 de julio de 1990 los presidentes Carlos Menem de Argentina y Fernando Collor del Melo de Brasil firmaron el “Acta de Buenos Aires”, en la que se aceleraron plazos para poner en marcha el mercado común el 1 de enero de 1995. En agosto de ese mismo año Paraguay y Uruguay se unieron al proceso en curso, por lo que el 26 de marzo de 1991 los presidentes de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, así como los ministros de relaciones exteriores de los respectivos países, firmaron en Asunción el Tratado del mismo nombre, dejando constituido el Mercado Común del Sur (Mercosur).

El Tratado de Asunción no creó un mercado común sino que definió el objetivo de hacerlo estableciendo plazos, mecanismos e instrumentos tendientes a su conformación. Sobre este instrumento jurídico debe tenerse en cuenta que se firmó con un carácter transitorio en lo que se refería a su estructura institucional, con lo que se generó una discusión acerca de si se mantenía el texto referido o se negociaba uno nuevo, predominando un criterio pragmático que consideró que el Tratado de Asunción, como documento fundacional, debía mantenerse, por lo que se acordó celebrar un protocolo adicional a dicho tratado.

Junto a la ampliación del tratado se acortan los plazos de integración hacia el interior reduciendo el grueso de los impuestos al comercio entre los países al cero por ciento en cuatro años y se le da a esta rebaja gradual un

cronograma automático. La reducción de aranceles pasa así a tener más peso que la combinación de políticas de tipo sectorial.

Cuando el proyecto comenzó a fraguar en 1986, el comercio entre los países socios era menor a los 2,000 millones de dólares; a finales de 1994 el comercio era ya de 12,000 millones de dólares y en 1997 alcanzaron los 20,000 millones de dólares.

El Mercosur es un ambicioso proyecto de integración económica, o dicho en otros términos, es un acuerdo subregional de integración de carácter intergubernamental celebrado en el marco de la ALADI y del GATT, tendiente a la configuración de un mercado común. Este objetivo que le da origen y que se contiene en el artículo 1o. del Tratado de Asunción establece la constitución de un mercado común que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994. Sin embargo, debe destacarse que en la actualidad el proyecto no ha podido consolidarse como mercado común y se le puede considerar como una unión aduanera imperfecta, que permite el libre acceso de una gran mayoría de los productos con un arancel externo común. No obstante lo anterior, las aspiraciones del Mercosur son más profundas, e intentan ir más allá de una zona de libre comercio y de un esquema de rebajas arancelarias, a través de un mercado común que dé sentido de futuro a sus integrantes. De esta manera el Mercado Común del Sur se entiende también como una superación integracionista que pretende conformar una nueva unidad que satisfaga los intereses y aspiraciones de los cuatro socios, y los haga crecer como sociedades integradas dentro del nuevo contexto internacional. Pero a pesar de sus aspiraciones y de ese carácter conciliador en lo político y en lo social y de las ventajas que pudiera reportar una mayor identidad y cercanía entre los dos principales socios del Mercosur, en la actualidad se habla de un mercado común en construcción, dado que están ausentes libertades esenciales que son imprescindibles para ascender a esa etapa del proceso de integración. A esto se le debe agregar el inconveniente que significa carecer de una normatividad jurídica e institucional a la que se le pueda atribuir con certeza la categoría de supranacional, ya que como se señala por algunos autores, la misma, por su importancia política y consecuencias de orden jurídico, no puede ser meramente inferida por interpretación amplia o literal del texto normativo. Debe estar expresamente señalada como reflejo inequívoco de la voluntad política del legislador. En Europa, por ejemplo, el tratado de constitución de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (1951) en su artículo 9o. preveía el

carácter supranacional de las actividades de sus miembros. En el Mercosur aún cuando existen férreos defensores de la creación de organismos supranacionales para dirimir conflictos cuyo ápice sería la constitución del llamado Tribunal del Mercosur, se presenta una dificultad inicial: el Tratado de Asunción no previó la creación de órganos supranacionales,¹ como lo veremos más adelante.

En este marco de integración se generan los documentos institucionales del Mercosur y su proceso de incorporación al derecho interno de cada uno de los cuatro países que lo conforman.

II. TRATADO DE ASUNCIÓN

El Tratado de Asunción es el ordenamiento fundacional del Mercosur² y a través de él las partes decidieron constituir un mercado común caracterizado por la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, así como el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial con relación a terceros Estados, así como la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales.³

El Tratado es un instrumento jurídicamente enmarcado tanto por las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como por la ALADI, y respeta los principios de libre comercio internacional establecidos por el GATT-OMC.

Conforme a la exposición de motivos, uno de los incentivos más importantes para la consolidación del Tratado es buscar la integración del desarrollo económico de las partes, subrayando concretamente que:

...la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social,... teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países... este proceso de integración constituye una respuesta adecuada a tales acontecimientos.⁴

¹ Menem, Carlos Saúl, *¿Qué es el Mercosur?*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 56.

² Fue suscrito el 26 de marzo de 1991, y una vez ratificado por los cuatro Estados miembros entró plenamente en vigor el 29 de noviembre de es mismo año.

³ Artículo 1o. del Tratado de Asunción.

⁴ Exposición de motivos del Tratado de Asunción.

Desde un principio el Tratado de Asunción fue concebido como un ordenamiento inmerso dentro de las reglas de la ALADI, dado que las partes signatarias son parte de este esquema de integración, por ello fue incorporado a dicha organización bajo la forma del Acuerdo de Complementación Económica número 18. De este modo el Tratado de referencia pretendió en su momento constituir un avance en el contexto de la integración latinoamericana: "...el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al Tratado de Montevideo de 1980".⁵

Congruente con la teoría de la integración económica, el Tratado de Asunción reconoce que la constitución de un mercado común tiene las siguientes implicaciones:

- La eliminación de los derechos de aduana y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y cualquier otra medida equivalente.
- El establecimiento de un arancel externo común.
- La adopción de una política comercial común en relación a terceros Estados.
- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países.
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales.

Por ello, prevé también que la implementación de estas etapas requiere de un amplio esquema de asimilación y coordinación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, por lo que *estableció la obligación de las partes de (armonizar) sus legislaciones en las áreas pertinentes*, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración,⁶ proceso que analizaremos más adelante para cada uno de los países parte.

La estructura del Tratado se conforma con un cuerpo normativo principal y cinco anexos, y con base en su contenido ha sido calificado como un Tratado marco, ya que no constituye por sí solo al Mercosur, sino que establece una serie de principios, objetivos y mecanismos básicos a desarrollar, a fin de lograr su objetivo de integración.

⁵ *Idem*.

⁶ Artículo 1o. del Tratado de Asunción.

1. *Objetivo*

El Tratado de Asunción es un instrumento jurídico que establece las bases para la creación de un mercado común entre las partes signatarias, de modo que fija los instrumentos necesarios para la consolidación del mismo, y crea una estructura orgánica encargada de la administración y ejecución del tratado.

Los órganos que establece son el Consejo del Mercado Común y el Grupo del Mercado Común. El primero es el órgano superior del Mercosur y es el encargado de tomar las decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del mercado común. El segundo es el órgano ejecutivo facultado para tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo.

El Tratado plantea la consecución de objetivos a través de un Programa de Liberación Comercial, la coordinación de políticas macroeconómicas, la implementación de un arancel externo común y la adopción de acuerdos sectoriales para otorgar movilidad a los factores de producción. En el cumplimiento de su cometido, el Tratado de Asunción determina los lineamientos para consolidar un proceso de integración en la fase de mercado común; asimismo regula la relación existente entre los Estados miembros y la nueva entidad, así como con los órganos de este último.

Para algunos autores, la creación del Mercosur también implicó la creación de una comunidad, en tanto articula política e institucionalmente los avances de los Estados parte, de igual modo que estabiliza las condiciones para que la integración pueda alcanzar cada vez más aspectos de la vida de relación entre los pueblos.⁷ Sin embargo en la conformación de esta comunidad no se prevé un principio de supranacionalidad ni de facultades que la identifiquen como una entidad de derecho comunitario, dejándola solamente como una organización de derecho internacional con personalidad jurídica frente a terceros.

2. *Sujetos*

El Tratado de Asunción, en función de los derechos y obligaciones que establece, determina que son primordialmente dos los destinatarios de sus disposiciones: los Estados parte y los órganos que crea.

⁷ Menem, Carlos Saúl, *op. cit.*, nota 1, p. 13.

Para los Estados parte contempla obligaciones congruentes con su pretensión de consolidar un mercado común, como el deber de armonizar sus legislaciones en áreas pertinentes, asegurar condiciones equitativas de comercio, así como adoptar acuerdos sectoriales a fin de optimizar la utilización y la movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes. De igual modo establece la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales en temas como el comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetario, cambiario y de capitales, de servicios, aduanera, de transporte y comunicaciones, entre otros.

Respecto de los órganos que crea, el Consejo del Mercado Común tiene deberes tales como la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del mercado común y para el Grupo del Mercado Común, estipula las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo, propone medidas concretas tendientes a la aplicación del Programa de Liberación Comercial, entre otros; así como normas destinadas a regir la interrelación entre ambos órganos.

3. *Coercitividad*

El Tratado de Asunción establece mecanismos destinados a lograr el cumplimiento debido de sus disposiciones, desde una perspectiva de los órganos que crea y también el relativo a la solución de diferencias que pudieran surgir con motivo de su aplicación e interpretación.

Desde un enfoque orgánico, el Tratado de referencia faculta al Consejo del Mercado Común para tomar las decisiones que aseguren el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del mercado común.

Asimismo, respecto del Grupo del Mercado Común, el Tratado le otorga entre sus funciones el tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo, así como proponer las medidas tendientes a la aplicación del Programa de Liberación Comercial, la coordinación de políticas macroeconómicas, y la fijación de programas de trabajo que aseguren el avance hacia la constitución del mercado común. También incluye un anexo relativo a la solución de controversias que pudieran surgir entre los Estados parte como consecuencia de su aplicación. De este modo, en caso de controversia establece que ésta debe resolverse inicialmente mediante consultas directas, de lo contrario el asunto debe ser

sometido a consideración del Grupo del Mercado Común, y si dicho órgano tampoco logra resolver la controversia, entonces ésta debe someterse a la opinión del Consejo del Mercado Común a fin de que adopte las recomendaciones pertinentes que logren la efectiva aplicación de las disposiciones del Tratado. Finalmente dentro de sus documentos institucionales prevé la celebración del Protocolo de Brasilia, que a su vez se desdobra en el Protocolo de Olivos, cuya naturaleza abordaremos más adelante.

4. *Naturaleza jurídica*

Como se ha señalado, el Tratado de Asunción surge de la voluntad de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay con el claro objetivo de establecer un mercado común, a fin de aprovechar las ventajas de la integración en beneficio de su desarrollo económico. Se trata de un instrumento que determina los lineamientos del mercado común y crea órganos facultados para velar por su cumplimiento. Es así que formalmente la esencia del Tratado de Asunción es la de un tratado internacional, resultado de un acuerdo de voluntades soberanas de las partes signatarias y sujeto a las disposiciones internacionales aplicables, tal como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

No obstante lo anterior, el Tratado cuenta con características propias que determinan su naturaleza sustantiva en tanto que establece el marco jurídico en el que habrá de fundarse un mercado común, por el que deben regirse los órganos del mercado común y la base de la normativa derivada que deberán generar los mismos Estados y los órganos con las facultades normativas que les ha dotado.

Dado que la constitución de un mercado común implica la coordinación de políticas entre los Estados parte en las más diversas materias, como el comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, transporte y comunicaciones, entre otras, es evidente que las relaciones que regula el Tratado de Asunción pueden ser susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación del derecho público internacional, como puede ser en materia de organización de los poderes normativos, o del derecho internacional privado en temas tales como la libre circulación de mercancías.⁸

⁸ Catalana, Nicola, *Principios de derecho comunitario*, trad. de Fernando M. Mariño y Ángel Chueca, Madrid, Tecnos, 1988, p. 164.

Es importante señalar que el Tratado es inspirado por una vocación comunitaria con pretensiones de disciplina autónoma, a través de la facultad normativa otorgada a los órganos que crea. No obstante lo anterior, queda muy lejos de poseer cualidades que lo distingan plenamente como un ordenamiento comunitario, ya que sus disposiciones carecen de una fuerza específica de penetración en los ordenamientos nacionales, no impulsa a aplicar inmediatamente sus normas en las disposiciones de los Estados parte, y a pesar de establecer un aparato institucional cuya operatividad tiene como finalidad posibilitar el logro de los objetivos que llevaron a la integración, la supremacía y aplicación directa de sus disposiciones no queda asegurada.

Es por lo anterior que la normativa del Tratado Asunción, si bien posee aspectos sustantivos que difieren de los típicos de derecho internacional, la carencia de una clara definición en la integración de órganos supranacionales, así como la falta de fuerza autónoma expresada en la supremacía y aplicación directa de sus normas, reduce la cuestión de su asimilación al derecho interno a la misma metodología aplicada en el caso de tratados típicos de derecho internacional. Es decir, en ausencia de disposiciones específicas, la forma de su asimilación depende en gran medida del sistema que predomine en la legislación interna de cada Estado parte, sea bajo los lineamientos de la teoría monista o dualista, así como de si sus normas y obligaciones son *self-executing*, o bien se trate de disposiciones que por su propia naturaleza *non self-executing* requieran de disposiciones de derecho interno para su aplicación.

III. PROTOCOLO DE BRASILIA

El Tratado de Asunción incluyó un anexo relativo a la solución de controversias que pudieran surgir entre los Estados parte como consecuencia de la aplicación del Tratado, sin embargo, tal sistema controversial tenía un carácter temporal, de modo que se estipuló que antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados parte debían adoptar un sistema permanente de solución de controversias.⁹

En cumplimiento de tal disposición, los cancilleres y ministros de economía de los cuatro países del Mercosur suscribieron el Protocolo de Bra-

⁹ Punto 3 del Anexo III del Tratado de Asunción, relativo al sistema de solución de diferencias.

silia para la Solución de Controversias el 17 de diciembre de 1991, mismo que una vez ratificado por los miembros parte entró en vigencia el 24 de abril de 1993.

No obstante, el sistema de solución de diferencias contenido en el Protocolo de Brasilia fue concebido con un carácter temporal, de modo que permanecería vigente durante el periodo de transición, es decir, hasta en tanto entrara en vigor el sistema permanente.¹⁰ Sin embargo, posteriormente el Protocolo de Ouro Preto aseguró la continuidad de su vigencia, la cual concluyó con el acuerdo de Olivos. Este Protocolo delimita su ámbito de aplicación a conflictos que surjan entre los Estados parte sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común y de las Resoluciones del Grupo del Mercado Común.¹¹

Una de las características distintivas del sistema de solución de controversias establecido por el Protocolo de Brasilia consiste en que privilegia a las negociaciones directas como medio de dirimir disputas, y sólo en caso de no resolverlas en un plazo de quince días¹² se lleva a cabo la segunda instancia, la cual se enmarca en las recomendaciones que el Grupo del Mercado Común pueda emitir acerca de la cuestión controvertida, dentro de un plazo máximo de 30 días.¹³ Si este último tampoco hubiere podido solucionar la diferencia, entonces se aplica el procedimiento arbitral, como última alternativa.

El procedimiento arbitral se sustancia ante un tribunal *ad hoc* compuesto por tres árbitros, el cual cuenta con un plazo de 60 días, prorrogables por otros 30 días, a partir de la designación del presidente para pronunciarse sobre el asunto. El Protocolo señala que 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 del Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia.¹⁴

¹⁰ Artículo 34 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

¹¹ Artículo 1o. del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

¹² Artículo 3.2 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

¹³ Artículo 6o. del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

¹⁴ Artículo 19 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

Respecto de la jurisdicción del tribunal se tiene como obligatoria *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial; asimismo, dispone que los laudos son inapelables, obligatorios y tienen la fuerza de cosa juzgada.¹⁵ Cabe señalar que el Protocolo de Brasilia, a diferencia del Tratado de Asunción, distingue dos tipos de controversias, las que surgen entre los Estados parte y las planteadas como consecuencia de reclamos particulares. Además de lo anterior otra característica importante del Protocolo es que prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares para evitar daños irreparables entre las partes.¹⁶

Es destacable que los Estados parte involucrados en un conflicto están obligados a cumplir los laudos del Tribunal Arbitral en un plazo de 30 días, y en caso de no ser así el Protocolo en comento faculta a los otros Estados parte en la controversia a adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento.¹⁷

Las disposiciones del Protocolo de Brasilia fueron derogadas por el Protocolo de Olivos en el año 2002, sin embargo, resulta destacable que éstas quedaron lejos de constituir un sistema controversial, cuya función jurisdiccional contribuyera de manera efectiva en la integración y perfeccionamiento de la pretendida normativa comunitaria. No obstante, se considera como un importante avance en la expresión de la voluntad política de los Estados parte ante la carencia de este tipo de instancias, para la solución de los conflictos que pudieran suscitarse entre los Estados miembros del bloque.

Protocolo de Olivos

Como respuesta a la crisis del Mercosur de mediados de 1998 sus integrantes plantearon el "Proyecto de Relanzamiento del Mercosur", que incluyó una serie de decisiones en diversas áreas, a fin de reafirmar la voluntad política y profundizar el esquema de integración. Por tal motivo, la Decisión 25/00 del Consejo del Mercado Común dispuso el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias, instruyendo al Grupo de Aspectos Institucionales para presentar antes del 10 de diciembre de 2000

¹⁵ Artículo 21 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

¹⁶ Artículo 18.1 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

¹⁷ Artículo 23 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

una propuesta de perfeccionamiento. A partir de entonces en las subsecuentes Reuniones Cumbre del grupo se incluyó el tema en la agenda, hasta que finalmente durante la III Reunión Extraordinaria del Consejo del Mercado Común realizada el 18 de febrero de 2002, en Buenos Aires, Argentina, los presidentes y cancilleres del Mercosur firmaron el Protocolo de Olivos, con el que se actualiza el sistema vigente para la solución de controversias.

El nuevo ordenamiento derogó al Protocolo de Brasilia dejando a salvo las controversias iniciadas antes de su entrada en vigor, que no estuvieran concluidas totalmente. En él se hace un reconocimiento a que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias, lo cual implica garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, así como de efectuar las modificaciones específicas correspondientes.

El Protocolo de Olivos, al igual que el Protocolo de Brasilia, delimita su ámbito de competencia a conflictos que surjan entre los Estados parte respecto de la interpretación, aplicación o incumplimiento 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 del Mercado Común y de las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.¹⁸

No obstante el espíritu reformista que motivó su creación, el Protocolo de Olivos no introdujo cambios sustanciales en cuanto al contenido previsto en el Protocolo de Brasilia, ya que al igual que este último, privilegia a las negociaciones directas como medio de dirimir disputas y sólo en caso de no resolverlas en un plazo de quince días, los Estados parte pueden recurrir al Grupo del Mercado Común, para que éste emita recomendaciones dentro de un plazo máximo de 30 días, aunque en el Protocolo agrega que esta última instancia puede ser optativa y los Estados en la controversia pueden solicitar directamente la instalación de un tribunal arbitral.

En el caso del procedimiento arbitral también se siguen los lineamientos del Protocolo de Brasilia, en el sentido de que su sustanciación se lleva a cabo ante un Tribunal *ad hoc* compuesto por tres árbitros, el cual cuenta con un plazo de 60 días prorrogables por otros 30 días a partir de la designación del presidente, para pronunciarse sobre el asunto. Asimismo, dis-

¹⁸ Artículo 1o. del Protocolo de Olivos.

tingue dos tipos de controversias, las que surgen entre los Estados parte y las planteadas como consecuencia de reclamos particulares, previendo la posibilidad de adoptar medidas cautelares para evitar daños irreparables entre las partes.

Particularmente son dos los aspectos más importantes que aporta el Protocolo de Olivos: la constitución de un Tribunal de Apelación permanente y la apertura de foros. En el primer caso, introduce la posibilidad de que los laudos emitidos por los tribunales *ad hoc* sean revisados por un Tribunal Permanente de Revisión, particularmente respecto a aquellas cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo.¹⁹ Pero lo más significativo de la creación de este nuevo órgano no es sólo su calidad de permanente, sino que permite a las partes, una vez concluida la etapa de negociaciones, someter su controversia de manera directa a este Tribunal de Revisión, es decir, los Estados parte en la controversia pueden acordar someterse directamente y en única instancia ante dicho órgano, supuesto en el cual sus laudos serán obligatorios a partir de la respectiva notificación.²⁰

El Protocolo de Olivos establece también que la elección de foro es una opción reservada a la parte demandante, sin perjuicio de lo cual las partes en una controversia podrán de común acuerdo convenir el foro, lo cual permite someter las controversias comprendidas en el ámbito del Protocolo al sistema de solución de controversias de la OMC o de otros esquemas preferenciales de comercio de los cuales participen individualmente los Estados parte del Mercosur. El Protocolo establece que la elección es excluyente, ya que una vez iniciado un procedimiento, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto.²¹

Del mismo modo que el Protocolo de Brasilia, en el Protocolo de Olivos se reconoce que los laudos del tribunal *ad hoc* o del Tribunal Permanente de Apelación tienen el carácter de obligatorios, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial con la jurisdicción del Tribunal. Asimismo, dispone que dichas resoluciones son inapelables, obligatorios y tienen la fuerza de cosa juzgada.²²

¹⁹ Artículo 17 del Protocolo de Olivos.

²⁰ Artículo 23 del Protocolo de Olivos.

²¹ Artículo 1.2 del Protocolo de Olivos.

²² Artículo 22.2 y 26 del Protocolo de Olivos.

Respecto a la coercitividad de los laudos, el Protocolo de Olivos señala que éstos deben ser cumplidos en la forma y términos en que fueron dictados, así como en el plazo que los mismos tribunales lo establezcan o en su defecto en un plazo de 30 días. En caso de que un Estado parte en la controversia no cumpliera total o parcialmente el laudo, la otra parte en la controversia tendrá la facultad de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo.²³

No obstante lo anterior, el Protocolo de Olivos, de modo similar al Protocolo de Brasilia, está lejos de constituir una entidad supranacional similar a la Corte de la Comunidad Europea, tanto en su función jurisdiccional como en la de integración y perfeccionamiento de la normativa comunitaria.

La importancia del sistema de solución de controversias en un sistema comunitario está claramente expuesta en el caso del Tribunal Europeo, que es la autoridad suprema de la Comunidad Europea en materia judicial, sin que exista la posibilidad de apelar sus decisiones, que tienen fuerza de ley y son vinculantes para todos los tribunales e individuos de los Estados miembros.²⁴ En el caso europeo, los tratados constitutivos no contienen alguna cláusula expresa que determine su primacía; no obstante el Tribunal Europeo, a través de la jurisprudencia, ha sido el encargado de hacer prevalecer la supremacía de la normativa comunitaria. Lo anterior se puede apreciar de la Sentencia Costa/Enel: "... a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ha creado un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus jurisdicciones".²⁵

La primacía del derecho comunitario europeo se aplica en su integridad (tratados fundacionales como la normativa derivada de los mismos), frente a todas las normas nacionales, independientemente de su rango y materia. De este modo, los jueces competentes tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional anterior o posterior a la regla comunitaria. Asimismo el

²³ Artículo 27, 29 y 31 del Protocolo de Olivos.

²⁴ Véase Molina del Pozo, Carlos, *Manual del derecho de la Comunidad Europea*, 3a. ed., Madrid, Trivium, 1997, pp. 7-13.

²⁵ Sentencia COSTA/ENEL (15-7-1964).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece una serie de recursos ante el Tribunal de Justicia, como los previstos en el artículo 230, por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación al Tratado o respecto de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión. También cabe destacar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo es una de las fuentes formales más importantes de derecho comunitario al facilitar su progreso y perfeccionamiento, de modo que tiene una gran incidencia práctica y es tomada en cuenta en la reforma de las directivas así como también en la delimitación de competencias de otros órganos comunitarios.²⁶

En este sentido, resulta evidente que la estructura jurídica que propone el Protocolo de Olivos, complementaria del Tratado de Asunción, es aún deficiente al carecer de algún órgano permanente de naturaleza similar al Tribunal de Justicia europeo, encargado de delinear y asegurar la supremacía de sus disposiciones sobre los ordenamientos nacionales, de forma que éstas tengan una efectiva aplicación. En todo caso, el Protocolo de Olivos depende de sus Estados parte para integrar la coactividad que caracteriza a la norma jurídica,²⁷ tal como ocurre con las disposiciones típicas de derecho internacional.

IV. PROTOCOLO DE OURO PRETO

El Tratado de Asunción dispuso que antes del establecimiento del mercado común, los Estados parte celebrarían una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración de dicho mercado, así como las instituciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones.²⁸ En cumplimiento de tal mandato se celebró la Cumbre de Presidentes de Ouro Preto en diciembre de 1994, la cual tuvo como resultado la firma del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción denominado Protocolo de Ouro Preto. Su objetivo inicial fue la ratificación de la constitución de un mercado común, y el reconocimiento de los avances alcanzados en el pro-

²⁶ Dromi, Roberto *et al.*, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 157.

²⁷ Véase Menem, Carlos Saúl, *op. cit.*, nota 1, p. 33.

²⁸ Artículo 18 del Tratado de Asunción.

ceso de integración, así como de la importancia de la puesta en funcionamiento de la unión aduanera como etapa para la construcción del mercado común. De este modo, con el Protocolo de Ouro Preto se dio inicio a una segunda etapa denominada de consolidación aduanera, en la que en lugar de requerirse el cumplimiento lineal y progresivo de metas intermedias, las negociaciones se desarrollaron sobre la base de objetivos pragmáticos esencialmente fijados por el denominado “Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000”.²⁹

El Protocolo surge también como resultado de la necesidad de adaptar y perfeccionar la estructura institucional del Mercosur, de lograr la configuración definitiva que establece sus principales órganos decisorios y de ejecución, además de los canales que permiten administrar la vida de dicha entidad regional. De igual modo completa los órganos institucionales, ya que a los inicialmente previstos (Consejo del Mercado Común, Grupo del Mercado Común y dentro de éste la Secretaría Administrativa), incorpora la Comisión de Comercio, la Comisión Parlamentaria Conjunta y el Foro Consultivo Social.³⁰ De éstos, los únicos órganos con facultad de decisión son el Consejo, el Grupo y la Comisión, que dictan normas de carácter obligatorio, y pueden crear otros órganos auxiliares.

Es importante señalar que a través de este Protocolo se otorga y reconoce la personalidad jurídica de derecho internacional al Mercosur, toda vez que le posibilita la relación como bloque con terceros Estados, grupos de países y organismos internacionales multilaterales.³¹

Como parte vital del presente análisis y sus consecuencias para determinar su régimen de incorporación, el Protocolo de Ouro Preto trata de garantizar el cumplimiento efectivo de su normativa al declarar la obligatoriedad de las normas emanadas de los órganos del Mercosur. Sin embargo agrega de manera potestativa y discrecional que “siempre que sea necesario” dicha normativa debe ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país;³² lo cual ha dado como consecuencia la falta de alineamiento de derecho interno de los países parte con los compromisos asumidos en este Tratado común, como se evidencia más adelante.

²⁹ El “Programa de Acción del Mercosur” fue formalmente establecido por la Decisión del Consejo número 9/95.

³⁰ Artículo 1o. del Protocolo de Ouro Preto.

³¹ Artículos 34 y 35 del Protocolo de Ouro Preto.

³² Artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto.

1. *Objetivo*

El objetivo primordial del Protocolo de Ouro Preto es confirmar y complementar el espíritu integracionista plasmado en el Tratado de Asunción, mediante el perfeccionamiento del perfil de mercado común pretendido a través de una configuración institucional definitiva, dotando a los órganos de facultades decisorias y normativas.

Del mismo modo, el Protocolo dota al Mercosur de personalidad jurídica, de modo que tal entidad pueda en uso de sus atribuciones practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, tales como contratar o enajenar bienes inmuebles, comparecer a juicio, conservar fondos o hacer transferencias. El Protocolo de Ouro Preto constituye también al Mercosur como una entidad distinta a la personalidad de los Estados parte, en tanto plasma las porciones de soberanía cedidas por los Estados y crea un nuevo sujeto de derecho.

2. *Sujetos*

Los Estados miembros son los primeros sujetos de aplicación del Protocolo de Ouro Preto, de tal forma que el instrumento contempla una serie de compromisos como parte de la configuración del sistema jurídico del Mercosur; tal es el caso de la obligación de las partes a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos comunes e informar a la Secretaría Administrativa de las medidas tomadas para tal fin.³³

Dada la estructura institucional que establece el Protocolo, son precisamente los órganos del Mercosur los principales sujetos de derechos y obligaciones del instrumento jurídico referido, ya que como se mencionó en líneas anteriores, se complementaron los órganos ya existentes y se crearon otros. De este modo, una de las partes medulares del Protocolo la dedica a establecer los derechos y obligaciones de los órganos del Mercosur en su entorno normativo, así como regular la facultad decisoria y regulatoria de algunos de ellos.

Finalmente cabe destacar que la complementación y el perfeccionamiento del sistema se refleja en el reconocimiento de los derechos de los

³³ Artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto.

particulares, a través del sistema previsto de solución de controversias, de igual modo que al hacer la recomendación de incorporar al derecho interno las regulaciones de los órganos del Mercosur.

3. *Coercitividad*

La obligatoriedad en el Mercosur se desprende de algunos de sus enunciados. Por ejemplo, la Comisión de Comercio, entre otras facultades, es el órgano encargado de velar por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial dentro del Mercosur y con terceros países u organismos, de modo que se le dotó de una facultad normativa al poder pronunciarse mediante recomendaciones o directivas, siendo estas últimas de cumplimiento forzoso para las partes. Asimismo, el Consejo del Mercado Común es el órgano encargado de la conducción política del proceso de integración y de tomar las decisiones conducentes para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción, dotándolo de la facultad de pronunciarse en cumplimiento de su cometido, mediante decisiones de carácter obligatorio para las partes. También el Grupo del Mercado Común fue facultado para que en el ejercicio de sus funciones ejecutorias pueda pronunciarse mediante resoluciones de carácter obligatorio para las partes.

4. *Naturaleza jurídica*

El Protocolo de Ouro Preto surge como una expresión soberana de los miembros del Mercosur, por lo que en su aspecto formal se trata de un tratado conforme al derecho internacional, encuadrado en los fundamentos del GATT y ALADI.

No obstante lo anterior, la creación del Protocolo de Ouro Preto atiende al cumplimiento de una disposición del Tratado de Asunción, que ordena su celebración a fin de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del mercado común, sus atribuciones y su sistema de adopción de decisiones.³⁴ Es así que dicho Protocolo establece las bases para el desarrollo de instrumentos jurídicos fundados en sus propios preceptos y del Tratado de Asunción para consolidar el proceso de integración emprendido.

³⁴ Artículo 18 del Tratado de Asunción.

En el caso del Protocolo de Ouro Preto enuncia en principio su obligatoriedad para las partes y su consecuente incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, y en general la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur. No obstante lo anterior, los caracteres medulares del derecho comunitario no aparecen: la supremacía y aplicación directa no son determinados expresamente, de modo que no se da una fuerza específica de penetración en los ordenamientos nacionales, por lo que su cumplimiento queda sujeto a la voluntad de las partes como si se tratara de un instrumento típico de derecho internacional, sujeto a la asimilación interna que determine la legislación de cada Estado.

Al hacer el balance de los documentos institucionales del Mercosur debemos señalar en primer término que el estado de incumplimiento que registra al día de hoy en el plano jurídico, como ya lo señalamos anteriormente, ha llevado a que algunos autores³⁵ lo cataloguen como una unión aduanera imperfecta, en busca de su consolidación hacia un mercado común. Agregan que para ello, en cuanto a su sistema de operación, requeriría establecer una tarifa uniforme sobre las importaciones del exterior de la unión; la completa eliminación de tarifas entre sus Estados miembros; la correcta distribución de sus ingresos aduaneros; mayor regulación del uso de restricciones no arancelarias, como el reconocimiento mutuo en estándares sanitarios y la eliminación del mecanismo antidumping, entre otros. Sin embargo y de manera más preocupante, porque incide directamente en la validez y funcionalidad de sus instituciones, se resalta la necesidad de definir con objetividad la naturaleza y alcance de las mismas, así como de incorporar a las legislaciones nacionales de los Estados parte, las normas adoptadas de manera común por el bloque.³⁶

Gattinoni nos recuerda que los tratados de integración

se diferencian de los tratados clásicos ya que constituyen un ordenamiento jurídico nuevo, autónomo, diferenciado del derecho nacional y del derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros restringen el ejercicio unilateral de sus competencias soberanas. Esta limitación opera en razón de la materia, es decir, determinadas materias ya no serán regula-

³⁵ Viner, Jacob, *Comercio internacional y desarrollo económico*, Madrid, Tecnos, 1961.

³⁶ Redrado, Martín, *Los desafíos de la integración hemisférica, del Mercosur al ALCA*, México, UNAM, 2003, p. 124.

das unilateralmente por el Estado sino que deberá hacerlo a través de instituciones comunes con el acuerdo de los demás Estados parte.³⁷

En el caso que nos ocupa, en los antecedentes y declaraciones del proceso de integración en todo momento se desprende el referente paradigmático de la Unión Europea, que como una motivación de derecho comunitario llevó a la conformación de los documentos fundacionales del Mercosur. Sin embargo, a contrario sensu y de manera por demás paradójica, desde su estatuto fundacional más importante, que es el Tratado de Asunción, no se prevé en ningún caso la creación de órganos supranacionales y en consecuencia de la normativa comunitaria que pudiera reconocerse a través de sus principios de autonomía, primacía, efecto directo, aplicación inmediata, aplicación uniforme y responsabilidad del Estado. Por el contrario, a lo largo del análisis de los cuatro documentos institucionales encontramos una regulación que desde el punto de vista del derecho comunitario aparece tímida y carente de la profundidad nacional necesaria.

V. RÉGIMEN DE INCORPORACIÓN

1. *Argentina*

La Constitución de Argentina de 1994 faculta al Ejecutivo para la celebración de tratados, tal como lo estipula el artículo 99 de la siguiente forma:

Artículo 99. El presidente de la nación tiene las siguientes atribuciones:

11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de las buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.

En cuanto a las pautas constitucionales que rigen las relaciones exteriores de Argentina, el artículo 27 de la carta magna señala que “el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén de conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

³⁷ Gattinoni, María, *El diálogo entre el juez de la jurisdicción nacional y el juez comunitario*, OEA, 2003.

Por otra parte, la dogmática contenida en el párrafo precedente se hace extensiva tratándose de las provincias argentinas, tal como lo señala el artículo 124 al disponer que:

Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán celebrar también convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la nación, con conocimiento del Congreso Nacional. La Ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Cabe destacar que la Constitución de Argentina de 1994 respondió a la necesidad de crear una carta fundamental compatible con la aspiración integracionista del país, con miras a la completa incorporación del régimen institucional y jurídico surgido en el Mercosur.³⁸

Respecto a la jerarquía de las leyes antes de la Constitución de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostenía la igualdad jerárquica entre las leyes y los tratados, de modo que una ley podría modificar un tratado si era posterior a éste. Sin embargo, ya en 1992 la Corte sostuvo en el caso *Ekmekdjian/Sofovich* que los tratados eran superiores a las leyes al considerar que el Congreso Nacional no puede derogar un acto complejo como es la firma, aprobación y ratificación de un tratado, ya que un Estado no puede invocar una ley para desobedecer un tratado y no cumplir obligaciones internacionales sin provocar una responsabilidad estatal.

La doctrina de la Corte fue incorporada a la nueva Constitución,³⁹ de modo que el artículo 31 de la carta magna señala que “la Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas...”. Aunado a lo anterior, el artículo 75, en su fracción 22, declara expresamente la supremacía del *ius gentium* sobre el derecho local al señalar que “...los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

Más allá de la supremacía de los tratados sobre las leyes, la Constitución argentina, en la fracción 24 del artículo 75, señala que es facultad del Con-

³⁸ Lattuca, Ada y Ciuro Caldani, Miguel A., *Economía globalizada y Mercosur*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 65.

³⁹ Véase Menem, Carlos Saúl, *op. cit.*, nota 1, p. 61.

greso "...aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de *reciprocidad e igualdad*, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos" y agrega que "...las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes".

Por ello se puede señalar que bajo el sistema constitucional argentino los tratados gozan de supremacía frente a las leyes internas, disposición que sin duda alguna contribuye a dar certeza al cumplimiento de sus obligaciones internacionales y comunitarias. Más aún, con fundamento en el artículo 24 subraya su compromiso y disposición de incorporar normas supranacionales al ámbito interno; situación que en los hechos se ha visto restringida ante la política seguida por los demás Estados parte.

Es necesario precisar que además de las disposiciones ya señaladas, la Constitución argentina distingue la celebración de tratados de integración cuando éstos sean con Estados latinoamericanos y cuando se celebren con Estados no latinoamericanos, de modo que establece hipótesis jurídicas específicas para ambos casos. Para el primero se prevé que para su aprobación se requiere de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del Congreso de la Nación en cada una de las Cámaras por separado, de tal forma que hay que computar esta mayoría dos veces: en la Cámara de Diputados y en la de Senadores. Respecto del segundo caso, los tratados de integración con otros Estados no latinoamericanos, la Constitución establece requisitos más amplios en su artículo 75, fracción 24, de modo que para su aprobación se requiere una declaración legislativa sobre la conveniencia del tratado y una vez que ésta es declarada, requiere de un plazo mínimo para la formalización del mismo.

2. *Brasil*

La Constitución de Brasil establece en su artículo 3o. que uno de los principios u objetivos rectores hacia los cuales debe tender la actividad gubernamental del Estado federal es la de garantizar el desarrollo nacional. Por su parte, el artículo 4o. señala que uno de los principios rectores de las relaciones internacionales de Brasil es la "cooperación entre los pueblos para el progreso...", constituyéndose este principio en directiva o máxima para el Estado en el campo de su política exterior.

La Constitución brasileña manifiesta expresamente como uno de sus objetivos pugnar por la integración económica, política, social y cultural, particularmente con los Estados latinoamericanos, como lo dispone el mismo artículo 4o. que señala: “La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”. Por su parte, el artículo 21 afirma que compete a la Unión mantener relaciones con los Estados extranjeros y participar en las organizaciones internacionales, así como elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y el desarrollo económico y social, excluyendo de la competencia de los Estados cualquier asunto relacionado con el régimen internacional brasileño.

Para efecto de establecer la primacía del derecho internacional en el sistema constitucional brasileño, cabe destacar que la carta magna no señala expresamente en ninguno de sus artículos cuál es la jerarquía de los tratados internacionales respecto de sus leyes internas, manteniendo una postura omisa que en el caso del integrante económico más grande del Mercosur, genera una posición jurídica incómoda para las demás partes.

La jurisprudencia ha sido la encargada de definir la política del sistema brasileño. El Supremo Tribunal Supremo en la década de los setenta establecía que ante un conflicto entre disposiciones de un tratado internacional y una ley interna, debía subsistir la ley interna o el tratado ulterior en tiempo. Posteriormente, se sostuvo con unanimidad que ante un conflicto de tal naturaleza, los tratados internacionales debían tener preeminencia sobre las leyes federales.

Sin embargo en 1975, con el juzgamiento del Recurso Extraordinario 80 004, el Supremo Tribunal Federal resolvió que habiendo conflicto entre un tratado y una ley posterior debía prevalecer la norma de derecho interno, a pesar de que Brasil pudiera incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado. De este modo, el máximo tribunal jurisdiccional brasileño ha mantenido una jurisprudencia constante, en el sentido de hacer prevalecer el derecho nacional por sobre los tratados internacionales, en caso de contradicción entre ambos.

Por otro lado cabe destacar que el sistema constitucional brasileño no requiere de algún acto normativo especial para incorporar los tratados internacionales a su sistema jurídico interno, por lo que se trata de un régimen de incorporación automática en el que dichos instrumentos forman

parte de su sistema jurídico interno, sin perjuicio de la falta de definición jerárquica de éstos frente a sus leyes internas. Por ello, la Constitución de Brasil ha sido señalada constantemente en el derecho constitucional comparado como un ejemplo contrario a la tendencia generalizada hacia la apertura de los mercados, de igual modo que un obstáculo al desarrollo del proceso de integración al cual se encuentra comprometido desde 1991, a través del Tratado de Asunción.⁴⁰

3. Paraguay

La Constitución paraguaya de 1992 establece en su artículo 3o. que “el gobierno es ejercido por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del poder público”.

En lo que concierne a las facultades del Ejecutivo establecidas en el artículo 238 de la Constitución, se menciona que son deberes y atribuciones de quien ejerce la presidencia de la República: representar al Estado y dirigir la administración general del país, mientras el artículo 202 faculta al Congreso para aprobar o rechazar los tratados y demás acuerdos internacionales suscritos por el Poder Ejecutivo.

La Constitución de Paraguay reconoce en primera instancia que la ley suprema de la República es la Constitución y el resto de las leyes positivas se encuentran subordinadas a lo que ella dispone, es decir, que la supremacía constitucional queda asegurada sobre cualquier otro tipo de ordenamiento, incluidos los tratados internacionales. Sin embargo, respecto a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la Constitución de Paraguay establece en su artículo 137 la primacía del *ius gentium* sobre la legislación interna del siguiente modo:

La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...

⁴⁰ Dromi, Roberto, *op. cit.*, nota 26, p. 45.

Esta tesis la confirma a través de su artículo 141 que señala que “los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por la ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno...”

Aunado a lo anterior, como parte del sistema de asimilación del derecho internacional cabe señalar que la Constitución de Paraguay no hace referencia respecto de algún acto normativo especial que sea necesario a fin de dar recepción a un tratado internacional, por lo que se trata de un sistema caracterizado por la recepción automática de dichos instrumentos al sistema jurídico interno.

A mayor abundamiento, la Constitución indica que en el ejercicio de las relaciones internacionales, el Estado se ajustará al principio de cooperación (artículo 143, de las relaciones internacionales)

La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios:

1. la independencia nacional;
2. la autodeterminación de los pueblos;
3. la igualdad jurídica entre los estados;
4. la solidaridad y la cooperación internacional;
5. la protección internacional de los derechos humanos;
6. la libre navegación de los ríos internacionales;
7. la no intervención; y
8. la condena de toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo.

Respecto de la pertenencia a organismos o grupos internacionales, en la cláusula de renuncia a la guerra (artículo 144) se menciona expresamente su intervención como miembro de la Organización de las Naciones Unidas y del máximo foro regional interamericano, la Organización de Estados Americanos. Finalmente, dicha cláusula hace referencia a los tratados de integración. En el artículo 145 se plantea la construcción de un orden jurídico supranacional —consecuencia directa y necesaria de la formación de bloques de Estados integrados— sobre la base de que se garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo en los aspectos económico, político y social. Por medio del segundo párrafo del artículo 145 se precisa la necesidad de contar con mayoría absoluta de votos en ambas Cámaras del Poder Legislativo para la sanción de una ley que importe la creación de un orden jurídico supranacional. En este

sentido el avance de la normativa paraguaya de vocación comunitaria se asimila al modelo argentino.

Finalmente, después de este claro tratamiento de las relaciones internacionales modernas, en el artículo 176 de la Constitución se establece que:

la política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar el crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional.

4. *Uruguay*

La Constitución de la República Oriental de Uruguay de 1997 confiere la facultad de celebrar tratados al Ejecutivo federal, al disponer en el párrafo 20 del artículo 168 que el Ejecutivo tiene facultades para “concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo”. También establece en su artículo 85, fracción 7, que compete a la Asamblea General “...aprobar o reprobar por mayoría absoluta de votos el total de los compromisos de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras”.

La reforma de 1967 incorporó al artículo 60. un segundo inciso relacionado con la integración, cuyo texto reza: “La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente lo que se refiere a la defensa de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de los servicios públicos”.

En lo tocante a la jerarquía de leyes, la Constitución uruguaya no menciona de manera directa los tratados puesto que en su artículo 239 se refiere a la jerarquía de la siguiente forma: “Declárense en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo”.

De tal disposición se desprende que el ordenamiento supremo es la Constitución, y que el resto de las leyes del Congreso, así como aquéllas que constituyan la normatividad positiva en vigor deben estar de acuerdo con lo que establezca aquélla.

No obstante lo anterior, la ausencia de una disposición expresa sobre la primacía de los tratados provoca que el tema quede abierto a la interpretación de los tribunales, los cuales a pesar de estar obligados a considerar la aplicación prioritaria de los tratados internacionales, conforme a la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado vigente en ese país, hasta el presente han exhibido una jurisprudencia errática al respecto.⁴¹

Asimismo, como parte del esquema de asimilación cabe destacar que si bien el sistema constitucional de Uruguay no define la relación jerárquica de los tratados internacionales y el derecho interno, tampoco señala que respecto de su recepción al sistema jurídico interno deba cumplirse algún acto normativo previo.

VI. CONCLUSIONES

El entorno geopolítico y económico que caracterizó la década de los ochenta y noventa determinó a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay a considerar la integración como una condición fundamental para lograr su desarrollo, idea que encontró su máxima expresión en 1991, cuando los cuatro países decidieron fijar las bases para la creación de un mercado común conforme al Tratado de Asunción y posteriormente por el Protocolo de Ouro Preto. Es así que surge el Mercado Común del Sur (Mercosur) como resultado de la concertación política de sus miembros a fin de crear un nuevo esquema de integración, formulado como una nueva entidad dotada de personalidad jurídica internacional plena.

Resulta destacable que conforme con la naturaleza de los documentos institucionales del Mercosur, así como de sus antecedentes y evolución del proceso de integración, en todo momento se observa el referente paradigmático de la Unión Europea, que como una motivación de derecho comunitario sin duda alguna acompañó a la configuración de la estructura jurídica, política e institucional del Mercado Común del Sur.

⁴¹ Lattuca, Ada, *op. cit.*, nota 38, p. 63.

No obstante la vocación comunitaria en la que se inspiró, el esquema jurídico del Mercosur adolece de una clara definición de sus documentos fundacionales más importantes, sea el Tratado de Asunción o posteriormente el Tratado de Ouro Preto, ya que no prevén en ningún momento la creación de órganos supranacionales, ni tampoco las bases de una normativa comunitaria que pudiera ser reconocida a través de sus principios de autonomía, primacía, efecto directo, aplicación inmediata, aplicación uniforme y responsabilidad del Estado.

Lo anterior tiene una evidente materialización y consecuencia en la falta de cumplimiento de sus disposiciones y objetivos, como es el caso de la creación del mercado común, ya que en la actualidad se habla de una “unión aduanera imperfecta”, dado que están ausentes libertades y condiciones esenciales que son imprescindibles en una etapa de integración superior.

Es así que en ausencia de una normativa comunitaria plenamente definida, la cuestión de incorporación de los instrumentos fundacionales del Mercosur se sujeta a la normativa interna aplicable respecto de normas típicas de derecho internacional. Al respecto, resulta destacable en primera instancia la falta de armonía entre los regímenes constitucionales de cada uno de sus miembros, de modo que es posible hacer una clasificación en dos grupos.

El primero integrado por Argentina y Paraguay, cuyas leyes fundamentales recientemente reformadas, en 1994 y 1992 respectivamente, otorgan supremacía a los tratados internacionales por encima de las leyes nacionales, así como algunas disposiciones tendientes a facilitar los procesos de integración regional, es decir, se trata de sistemas constitucionales predominantemente congruentes con la tesis internacionalista moderna, e incluso predispuestos con sus compromisos comunitarios.

El segundo grupo conformado por Brasil y Uruguay se establece con base en el contenido de sus cartas magnas, las cuales dejan la asimilación de las disposiciones internacionales a la incorporación que de ellos hace la legislación interna y la determinación de su jerarquía a los tribunales, a partir de la jurisprudencia, misma que fundamentalmente ha seguido una tendencia bajo la cual prevalecen las disposiciones de derecho interno sobre las de derecho internacional.

Finalmente se puede señalar que la falta de similitud en el orden jerárquico constitucional de los tratados de los miembros del Mercosur genera en sentido estricto que la participación de Brasil y Uruguay carezca de de-

terminación en dos aspectos: por un lado, la falta de preeminencia de la normativa internacional del Mercosur sobre su derecho interno, y segundo, la imposibilidad de dichos países de someterse a un ordenamiento jurídico supranacional en virtud de la explícita sumisión del tratado al control de constitucionalidad, es decir, primacía del derecho constitucional sobre el derecho comunitario.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer curso de derecho internacional público*, México, Porrúa, 1999.
- ARNAUD, Vicente Guillermo, *Mercosur, Unión Europea, NAFTA y los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- CAMPBELL, Jorge, *Mercosur, entre la realidad y la utopía*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1999.
- CATALANA, Nicola, *Principios de derecho comunitario*, trad. de Fernando M. Mariño y Ángel Chueca, Madrid, Tecnos, 1988.
- DIEZ DE MORENO, Fernando, *Manual de derecho de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1993.
- DROMI, Roberto *et. al.*, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- GATTINONI, María, *El diálogo entre el juez de la jurisdicción nacional y el juez comunitario*, OEA, 2003.
- GUY, Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 1997.
- JARDEL, Silvia y BARRAZA, Alejandro, *Mercosur, aspectos jurídicos y económicos*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- LATTUCA, Ada y CIURO CALDANI, Miguel A., *Economía globalizada y Mercosur*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- MENEM, Carlos Saúl, *¿Qué es el Mercosur?*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, *Manual del derecho de la Comunidad Europea*, 3a. ed., Madrid, Trivium, 1997.
- OROPEZA GARCÍA, Arturo, *México-Mercosur: un nuevo diálogo para la integración*, México, UNAM, División de Estudios de Posgrado en Derecho, Centro Argentino para las Relaciones Internacionales, 2002.

- PINARD E., Gustavo, *Mercosur y los tratados internacionales, el caso chileno*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- REDRADO, Martín, *Los desafíos de la integración hemisférica, del Mercosur al ALCA*, México, UNAM, 2003.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho internacional*, Madrid, Mc Graw Hill, 1997.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Carlos, *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Civitas, 1993.
- SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- VINER, Jacob, *Comercio internacional y desarrollo económico*, Madrid, Tecnos, 1961.