

EL DERECHO DEL MERCOSUR Y EL DERECHO INTERNACIONAL - LA LUCHA POR INDEPENDENCIA

THE LAW OF MERCOSUR AND INTERNATIONAL LAW – LOOKING FOR AUTONOMY

Martha Lucía Olivar Jimenez*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS MERCOSUR – PROXIMIDAD CON LAS NORMAS INTERNACIONALES. III. LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS MERCOSUR – EMERGENCIA DE PRINCIPIOS AUTÓNOMOS. IV. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: En casi veinte años de existencia como proceso de integración y quince como organización internacional de naturaleza intergubernamental, el MERCOSUR ha producido una normativa cuantitativamente impresionante. El problema está en la ineficacia de la mayoría de estos instrumentos debido en gran parte a la falta de internalización y de aplicación en el territorio de los Estados miembros o, si ese no es el caso, a la frecuente colisión con normas internas. Los esfuerzos realizados en los últimos años por las propias instituciones de la Organización, la doctrina, los tribunales nacionales y los órganos de solución de conflictos en el sentido de reconocer una naturaleza independiente a las normas mercosuleñas y garantizarles una jerarquía superior constituye el objeto principal de este artículo.

ABSTRACT: In almost twenty years of existence as an integration process and fifteen as an international organization of intergovernmental nature, the MERCOSUR has produced an impressive amount of normative instruments. The problem is in the inefficacy of most of these instruments, due in great part to the lack of their internalization and application in the territory of the member States or, if that is not the case, to their frequent collision with domestic rules. The efforts carried out in the last years by the organization's very institutions, scholars, national courts and dispute settlement institutions in the sense of recognizing an independent nature to the MERCOSUR norms and granting them a superior hierarchy constitutes the main goal of this paper.

PALABRAS CLAVE: Mercosur; internalización; incorporación; decisiones CMC; reglamentos GMC; directrices CCM; jerarquía; Consejo Mercado Común; Tribunal Permanente de Revisión.

KEYWORDS: Mercosur; incorporation of norms; decisions CMC; reglamentations GMC; hierarchy; Counsel of Common Market; Permanent Revisional Tribunal

Fecha de recepción del artículo: 15 de octubre de 2009. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de diciembre de 2009.

* Doctora en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad Robert Schuman (Strasbourg) Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público y Directora de la Maestría de Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul. jdupont@via-rs.net

I. INTRODUCCIÓN

La experiencia integracionista en el Cono Sur llega a su décimo noveno año en medio de un sentimiento predominante de incredulidad sobre sus logros y su futuro. En las palabras de uno de los mayores especialistas en la integración latinoamericana, el Profesor Felix Peña, “*la insatisfacción con el estado actual del MERCOSUR es ya evidente. Se traduce en comportamientos funcionales en escenarios que no parecen contribuir ni a resolver los problemas existentes, ni a plantear opciones funcionales a la preservación de su valor político y económico*”. Tres son, a su entender, los comportamientos que requieren modificación: el *status quo* de inercia en su funcionamiento “*combinado con una retórica que está perdiendo credibilidad en sus destinatarios*”; el retroceso que significa transformar la Unión Aduanera en una zona de libre comercio; y finalmente el “vaciamiento” representado por el surgimiento de mecanismos de trabajo paralelos que diluyen su acción¹.

Si bien es cierto que los objetivos propuestos por los Tratados fundacionales no han sido alcanzados plenamente, que el proceso dista mucho de llegar al tan esperado mercado común y que el hecho que cada socio haya determinado hasta ahora lo que puede o no cumplir en relación a las reglas pactadas obstaculiza el trabajo en conjunto², un examen del funcionamiento de la Organización intergubernamental, particularmente en los últimos años, del comportamiento de los propios Estados miembros y de los operadores económicos demuestra una cierta evolución y, lo que es más importante, la reafirmación de la necesidad de mantenimiento y profundización del proceso para el desarrollo mismo de la subregión y para su fortalecimiento internacional.

Uno de los obstáculos más graves al perfeccionamiento y evolución del proceso, destacado fehacientemente por la doctrina, es su insuficiencia en proporcionar seguridad jurídica que permita, entre otras cosas, orientar decisiones de inversión y ejercer derechos establecidos por sus propios dispositivos debido a la inoperancia de un gran número de reglas y a la aparente inacción frente al incumplimiento de obligaciones contraídas internacionalmente.

Sin querer simplificar una cuestión evidentemente compleja y que supera los límites impuestos por un análisis de carácter jurídico, la situación referida anteriormente se debe en parte a la percepción originaria que las autoridades de los Estados Miembros y sus nacionales tuvieron del Derecho del MERCOSUR, asimilando la naturaleza de sus normas al Derecho Internacional Público con las consecuencias que de esto se derivan frente al ordenamiento jurídico de los Estados Miembros. Aún cuando es cierto que el proceso de integración y la propia organización internacional deben sujetarse a los

¹ PEÑA Felix, “El MERCOSUR en el nuevo escenario internacional”, en Diario El Cronista, publicado el 3 de diciembre de 2008, disponible en <http://www.felixpena.com.ar>

² Esta última cuestión es levantada por el Profesor Peña quien considera que aún hay margen para fortalecer el proceso si se trabaja en tres frentes simultáneas: la articulación política y estratégica entre los socios; la preferencia económica para generar la percepción de ganancias mutuas y la elaboración de mecanismos de concertación de las voluntades nacionales en torno a una visión común. PEÑA Felix, op. Cit.

principios y reglas de la Comunidad Internacional pues operan en ella, el derecho originario del bloque y las normas adoptadas en ejercicio de las competencias concedidas al MERCOSUR presentan características particulares debido a su fundamento y a sus objetivos. La falta de reconocimiento de ese hecho representa una verdadera amenaza a la eficacia del sistema y al avance del proceso.

El análisis jurídico de la situación de ineficacia de las normas del MERCOSUR y de las medidas que están siendo adoptadas para superar ese obstáculo a la integración, permite constatar la aparición de una tendencia en todos los niveles (doctrinario, jurisprudencial e institucional) en el sentido de reconocerles autonomía frente al Derecho Internacional Público. Esa autonomía estaría siendo defendida en relación a la propia naturaleza jurídica del Derecho del MERCOSUR, particularmente de las normas derivadas, a pesar de su semejanza con los dispositivos internacionales (I) y así mismo en relación a la jerarquía que las normas mercosureñas deben gozar frente a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros (II). Nos limitaremos aquí a los principales instrumentos jurídicos sin profundizar en los cambios institucionales que a nivel de adopción de decisiones ha sufrido la estructura del MERCOSUR en los últimos años y que también constituyen medios para la superación de los problemas mencionados.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS MERCOSUR – PROXIMIDAD CON LAS NORMAS INTERNACIONALES

Habiendo surgido dentro del ámbito internacional en cuanto tratado administrado por órganos de naturaleza intergubernamental y posteriormente como una verdadera organización de ese tipo la semejanza entre el derecho del MERCOSUR, particularmente el derecho derivado, y el derecho internacional público es innegable, principalmente cuando la mayoría de los dispositivos normativos deben ser internalizados en los Estados Miembros (1). Desde el año 2000 las autoridades del bloque han adoptado mecanismos para acelerar los procedimientos de incorporación, llegando a vislumbrar inclusive la modificación de un tal principio (2)

1. La necesidad de internalización de la mayoría de normas como regla general.

El Tratado de Asunción, redactado en términos muy generales sobre la base de principios como el pragmatismo y la flexibilidad³, guardó silencio sobre una serie de cuestiones importantes como la personalidad jurídica del MERCOSUR y la naturaleza de las decisiones de los órganos de administración del Tratado. Así, en el capítulo II - estructura orgánica - después de mencionar los dos órganos dotados de capacidad de decisión, su respectiva constitución y funcionamiento⁴, el artículo 16 determinó: *“Durante el periodo de transición, las decisiones del consejo Mercado Común y del*

³ Sobre los principios inspiradores del Tratado de Asunción: flexibilidad, gradualidad, equilibrio y reciprocidad, consultar ESTRELLA FARIA José Ângelo “O Mercosul: Princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção”, Brasília, Ministerio de Relações exteriores, 1993.

⁴ Los dos órganos siguen un modelo intergubernamental, constituidos por funcionarios nacionales dos Estados miembros.

Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes”. No hay en todo el Tratado disposición alguna sobre el alcance de tales dispositivos o sobre su eventual carácter obligatorio para los Estados Partes.

Un número considerable de instrumentos normativos fue producido por el Consejo Mercado Común y por el Grupo Mercado Común a lo largo del periodo de transición. Las Decisiones del Consejo Mercado Común abarcaron una multiplicidad de cuestiones, desde disposiciones que podrían ser calificadas de meramente administrativas (creación de órganos subalternos como las Reuniones de Ministros y la Comisión de Comercio, establecimiento de cronogramas, procedimientos y criterios comunes, entre otros), hasta reglas destinadas a poner en práctica dispositivos del Tratado fundacional (régimen de sanciones a falsificaciones y certificado de origen, reglamento antidumping, régimen de origen, arancel externo común, valoración aduanera de mercancías, régimen de adecuación), así como tratados internacionales propiamente dichos (Protocolo de Brasilia, Protocolo de Cooperación y Asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, Acuerdo de Recife para la aplicación de los controles integrados en fronteras entre los países miembros, Protocolo de colonia para promoción y protección recíproca de inversiones, Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, para citar algunos). Ninguna de esas Decisiones determinaba la forma de recepción por los ordenamientos jurídicos nacionales⁵ dejando plena libertad a los Estados en la selección de los mecanismos necesarios a ese fin. En Brasil, por ejemplo, algunos dispositivos fueron simplemente publicados en el Diario Oficial de la Unión, otros fueron incorporados por actos administrativos⁶.

Ahora bien, la entrada en vigor internacional de los tratados adoptados por Decisiones CMC dependía, obedeciendo la sistemática general del Derecho Internacional, de su ratificación por todas o por algunas de las Partes, lo que suponía la aprobación previa de los congresos nacionales. De conformidad con la práctica dualista vigente en la región, la vigencia y aplicación nacional requería de un acto de internalización posterior, que en el caso brasilero consistía en la adopción de un Decreto de Promulgación y de su publicación en el Diario Oficial de la Unión⁷.

La diversidad de formas de incorporación también pudo ser constatada con relación a las Resoluciones del Grupo Mercado Común, bien más numerosas⁸. En cuanto al

⁵ Sobre esta cuestión particular consultar principalmente: CIENFUEGOS MATEO Manuel, “La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del Mercosur” en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2001, no. 3, disponible en www.reei.org.

⁶ Así por ejemplo el Régimen de sanciones a falsificaciones y Certificado de origen- Decisión CMC 2/91 fue simplemente publicado en el Diario Oficial. Ya la Resolución 131/94 GMC relativa a normas sobre circulación de vehículos comunitarios en el territorio del Mercado Común, fue internalizada por el Decreto No. 1765/95 y por la Portaria do Ministerio da Fazenda No. 16/95

⁷ Tal práctica ha sido reconocida y ratificada por la jurisprudencia del Supremo Tribunal federal.

⁸ El Grupo Mercado Común adoptó 12 Resoluciones en 1991, 67 en 1992, 93 en 1993 y 131 en 1994. La mayor parte de aquellas que fueron incorporadas en el Brasil lo fueron por actos administrativos, principalmente Portarias.

alcance de unas y otras su carácter vinculante fue adoptado aparentemente en la práctica.

El Protocolo de Ouro Preto de diciembre de 1994, “Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del MERCOSUR” consagró la personalidad jurídica del bloque⁹ e institucionalizó la práctica del Periodo de Transición adoptando reglas expresas en materia normativa. El artículo 2º limitó a tres los órganos con capacidad de decisión y reiteró su naturaleza intergubernamental: al Consejo Mercado Común y al Grupo se les sumó la Comisión de Comercio del MERCOSUR que había sido creada por Decisión 9/94 del Consejo. La naturaleza obligatoria de los actos adoptados por estas instituciones fue reconocida en varias disposiciones del Protocolo: artículo 9º (Decisiones CMC), artículo 15 (Resoluciones GMC), artículo 20 (Directrices CCM), artículo 42 (normas emanadas por los órganos de decisión). El artículo 41 reconoció tales dispositivos como fuentes jurídicas subordinadas a los Tratados fundacionales y a los acuerdos celebrados en el ámbito de dichos Tratados, pero ningún mecanismo expreso de control de la legalidad fue instituido por el Protocolo para asegurar ese orden de prelación.

Sobre la aplicación interna de las normas MERCOSUR lo dispuesto por el Capítulo V (artículos 38 a 40) y por el artículo 42 merece reflexión. El artículo 38 estipuló el compromiso de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento, en sus respectivos territorios, de las normas emanadas por los órganos de decisión y de informar a la Secretaría Administrativa tales medidas. En el ámbito de un proceso de integración regional dicha obligación es fundamental en orden a alcanzar los objetivos propuestos siendo en consecuencia implícita, sin embargo la previsión expresa en el Tratado no deja dudas de la extensión del compromiso de los Estados para con la Organización y de la posibilidad, por lo menos teórica, de responsabilizarlos eventualmente en caso de incumplimiento.

La obligatoriedad de las normas MERCOSUR implica para los Estados miembros una obligación positiva de incorporar el dispositivo al ordenamiento jurídico interno y una obligación negativa de no adoptar actos que puedan obstaculizar la efectividad del mismo¹⁰. La obligación de incorporación deriva entre otras cosas de la naturaleza intergubernamental de los órganos de decisión del MERCOSUR que las aproxima obviamente de las normas internacionales. El artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto recuerda parcialmente el artículo 5º del Tratado constitutivo del Tribunal Andino de Justicia que determina: “*Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún*”

⁹ El Capítulo II consagra la personalidad jurídica internacional del Mercosur, reconociendo expresamente su capacidad de celebrar Acuerdos de Sede, así como la capacidad de actuación en el territorio de cada uno de los Estados Miembros.

¹⁰ En este sentido ver PEROTTI, Alejandro Daniel, “El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional” en DeCitas. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades, No. 3, 2005, Buenos Aires: ed. Zavalía, ps. 551-560.

modo obstaculice su aplicación". Si bien un dispositivo de esta naturaleza no constituye una garantía indiscutible para la eficacia del derecho derivado del bloque, una mención semejante a la del párrafo final de la norma andina podría haber inspirado, a nivel legal o jurisprudencial, la adopción de soluciones armoniosas favorables a la integración entre los Estados miembros del MERCOSUR.

De otra parte, el artículo 42 del Protocolo dice: *"Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2º de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y deberán, cuando necesario, ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país"*. La redacción de la norma daba a entender que algunas disposiciones adoptadas por los órganos subregionales no necesitarían de internalización, sin hacer ninguna referencia a cuales ellas serían. La definición de los instrumentos amparados por la excepción solamente sería realizada por el Consejo Mercado Común algunos años después. Efectivamente, la primera Decisión en esta materia fue adoptada en junio del año 2000, como se verá posteriormente.

La publicación en el Boletín Oficial de las normas y actos determinados por el Consejo y el Grupo Mercado Común fue confiada a la Secretaría y figura en el artículo 39. A diferencia de lo que existe en el sistema comunitario europeo, donde la publicación en el Diario Oficial de la Unión guarda estrecha relación con la entrada en vigor de los dispositivos normativos, la publicación en el Boletín MERCOSUR persigue simplemente la difusión de los mismos¹¹. El Mensaje de la Presidencia Pro-tempore en el primer volumen es suficientemente claro al respecto: *"Queremos expresar nuestra satisfacción por la publicación del primer número del Boletín Oficial del MERCOSUR (BOM), cuya edición fuera instituida en el Protocolo de Ouro Preto, como medio de difusión de las normas adoptadas por los distintos órganos del MERCOSUR. Consideramos que el BOM será un instrumento relevante en las diferentes áreas temáticas del proceso de integración, ya que con la difusión de las normas acordadas, se favorecerá la creación y proyección en nuestras sociedades, de una nueva imagen del MERCOSUR.....La publicación del Boletín Oficial es muy importante, pues brindará a los diversos agentes económicos la previsibilidad que requieren en sus decisiones y gestiones, para lo cual es imperativo que conozcan la diversidad de normas que emanan de los órganos del MERCOSUR, las cuales acompañan el crecimiento del proceso integrador, y a través del BOM serán un reflejo claro de nuestra voluntad y esfuerzo."*¹² Lamentablemente el conocimiento de las normas no puede contribuir para la seguridad jurídica de los operadores si la información sobre el inicio de la vigencia de las mismas no es de fácil acceso o, lo que es peor, ésta no se ha producido efectivamente.

Como el perfeccionamiento de un mercado común exige sincronía en la aplicación de la normativa que elimina las barreras internas el artículo 40 consagró un procedimiento en

¹¹ En el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones los artículos 3 y 4 del Tratado que crea el Tribunal Andino de Justicia se refieren a la publicación y entrada en vigor de las normas supranacionales.

¹² Secretaría Administrativa del MERCOSUR, Boletín oficial del MERCOSUR, Año 1, No. 1, junio de 1997, Montevideo: Barreiro y Ramos S.A., p.7

tres etapas destinado a garantizar la vigencia simultánea de las normas mercosuleñas. La primera fase prevista en el procedimiento exige la adopción por los Estados miembros de las medidas necesarias para la incorporación del acto MERCOSUR en el ordenamiento jurídico nacional y su comunicación a la Secretaría de la Organización. Una vez que éste órgano haya recibido la información de todos los Estados procederá a comunicarla a cada uno de ellos y así, finalmente, treinta días después de tal comunicación los dispositivos normativos entrarán en vigor en el territorio de la Región. Dentro de ese plazo, en los respectivos Diarios Oficiales deberá constar la información de la entrada en vigor de dichas disposiciones.

En 2001 Alejandro Pastori analizaba la práctica inicial de los Estados frente a la norma y alertaba para sus inconvenientes. Según el autor los Estados cumplían los requisitos de incorporación inclusive la publicación y posteriormente informaban a la Secretaría Administrativa, de tal forma que la internalización se realizaba en cada país sin esperar por los demás anulando el objetivo principal del procedimiento: la entrada en vigor simultánea en los territorios nacionales¹³. Tal situación constituiría una verdadera “*incorporación prematura*”. Dos posiciones doctrinarias surgieron sobre la interpretación del artículo 40: aquellos que, apoyando la práctica mencionada anteriormente, consideraban que la vigencia nacional de las reglas MERCOSUR debería comenzar solamente después de transcurrir 30 días de la comunicación de la Secretaría sobre la incorporación por todos los Estados miembros (la aplicación de la norma quedaría suspendida hasta entonces); los que, de otra parte, defendían que cada país realizase los trámites internos excepto la publicación, informase a la Secretaría y cuando ella comunicara la incorporación por los cuatro miembros cada Estado procediese a la publicación en su Diario Oficial, gozando de un plazo de treinta días para tanto, así la vigencia simultánea estaría siendo garantizada.

El citado autor destacaba igualmente como los Tribunales Ad Hoc, al referirse al artículo 40, habían hecho la asimilación de las normas de los órganos MERCOSUR al derecho de los tratados “*en donde efectivamente los mismos no entran en vigor para cada país (aún cuando se haya hecho la incorporación al derecho interno) hasta tanto no se verifica la entrada en vigor internacional del mismo. Así cuando se habla de que la ley que aprueba un tratado es una ley en sentido formal pero no substancial, tendríamos aquí una suerte de decreto en sentido formal pero no substancial que aguarda su momento para la entrada en vigor*”¹⁴.

Compartimos la opinión del jurista uruguayo al considerar que la incorporación prematura contrariaría el espíritu y el objetivo de la norma del Protocolo y

¹³ En las palabras del autor: “*se incorpora la normativa MERCOSUR en cada país sin esperar a que todos lo hagan en un mismo momento con el resultado que por lógica la norma se vá incorporando en distintos momentos en los diferentes países*”. Alejandro PASTORI, “Una fuente potencial de conflictos jurídicos: la mala praxis en materia de incorporación de la normativa MERCOSUR” en Revista de la Universidad de la República de Uruguay, junio-diciembre 2001, no. 20, ps. 103-112.

¹⁴ Alejandro PASTORI, op.cit. Sobre la cuestión de la mala incorporación ver igualmente: PEROTTI Alejandro y VENTURA Deisy, “El proceso legislativo del MERCOSUR” Fundación Konrad Adenauer, CPC, CARI, Montevideo, 2004.

reproducimos sus palabras: *“Nos parece claro que el artículo 40 no presupone la incorporación completa por parte de los Estados Partes en diferentes momentos sino que justamente procura evitarla y para ello exige de los Estados que comuniquen a la SAM cuando hayan tomado todas las medidas internas de incorporación y estén en condiciones de pasar a la última etapa: mandar publicar la norma. Es recién que la SAM comprobando que todos están en dicha condición activa el plazo de treinta días previsto para que los cuatro Estados procedan a publicar las normas en sus respectivos Diarios Oficiales al término del cual la norma entra en vigor en forma simultánea en el territorio de los cuatro. De esta forma se limita dentro de los treinta días el desfase jurídico inevitable entre las diferentes fechas de publicación de la norma nacional en los respectivos Diarios Oficiales y la fecha de entrada en vigor simultánea...la incorporación prematura es una mala praxis y constituye un incumplimiento al Protocolo de Ouro Preto por quien la realiza.”* La práctica predominante en los Estados miembros continua siendo la misma.

La eficacia del procedimiento está pues subordinada enteramente a la acción de los Estados, lo que puede conducir (como ya fuera constatado en dos laudos arbitrales) a la situación inusitada de la publicación interna de normas que sin estar en vigor internacionalmente estarían a la espera de su incorporación por los demás Estados Partes, bastando que uno de ellos no lo hiciese para que éstas nunca entraran en vigor y no pudiesen ser utilizadas contra el Estado¹⁵. La otra cuestión problemática para la cual el artículo 40 no prevé solución y a la cual nos referiremos posteriormente, es la de la jerarquía de dichas normas y de su eventual colisión con dispositivos nacionales existentes o futuros.

El Séptimo Tribunal Arbitral del MERCOSUR se ocupó particularmente del problema de la falta de incorporación al derecho interno de las normas del bloque¹⁶. Al analizar dicha decisión Alejandro Perotti destacó la construcción de la fórmula del “plazo razonable”, fundada en los principios del derecho internacional, ante la ausencia de plazos específicos para efectuar la obligación. El Tribunal se manifestó en los siguientes términos: *“en los casos en que no existan plazos para el cumplimiento de la obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP, se impone al intérprete la tarea de completar el vacío normativo y delimitar el mismo, llenando de contenido el concepto jurídico indeterminado de plazo razonable”*. Para el Profesor Perotti al utilizar

¹⁵ Alejandro Pastori se refiere al tercer y cuarto Laudos arbitrales de abril de 2000 y mayo de 2001 en que los Tribunales se negaron a aplicar dispositivos MERCOSUR debido a la falta de vigencia internacional aún cuando la incorporación y la aplicación hubiera sido realizada en uno de los Estados en conflicto. Ver en el mismo sentido: COZENDEY, Carlos Márcio B., “Sistema de incorporaco das normas MERCOSUL à orden jurídica interna”, 2001, disponible en www.mercosul.gov.br/forum/default.asp; CIENFUEGOS MATEO Manuel, “La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del Mercosur” en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2001, no. 3, disponible en www.reei.org;

¹⁶ Asunto 2/02 Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC No. 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR, emitida el 19 de abril de 2002.

diversos elementos para definir cuando un Estado ha violado la obligación¹⁷ el Tribunal dificultó enormemente la posibilidad de elaborar un criterio general “*en opinión del Juez del MERCOSUR, el análisis acerca de lo que constituye un plazo razonable, en términos de incorporación, debe ser llevado a cabo en cada caso a partir de la consideración del término que razonablemente el Estado Parte podría haber insumido en incorporar efectivamente la normativa. La consecuencia obvia, aunque lamentable, es que para los supuestos en que no se haya internalizado la normativa que corresponda, la solución defería pasar por la iniciación de un procedimiento de solución de controversias*”¹⁸. En lugar de constituir un mecanismo facilitador de la aplicación del artículo 40 el criterio del plazo razonable puede complicarlo aún más.

Es posible afirmar, sin miedo a equivocarse, que durante el periodo de transición y hasta bien avanzada la aplicación del Protocolo de Ouro Preto los Estados miembros así como las propias instituciones mercosuleñas consideraron las normas producidas en ejercicio de sus competencias como verdaderos dispositivos de derecho internacional público, con las consecuencias que tal tratamiento conllevaba. La situación de ineficacia de la mayor parte de las disposiciones y la inercia resultante para el propio proceso de integración constatadas por la doctrina especializada llevaría a las instituciones a adoptar medidas encaminadas a tratar de mejorar la situación. Tales esfuerzos contribuirían a un cambio de percepción sobre la naturaleza jurídica del sistema normativo MERCOSUR.

2. Los esfuerzos para amenizar los problemas y facilitar a entrada en vigor nacionalmente.

Desde el año 2000, gracias al empeño del Subgrupo de Trabajo 2 “Cuestiones Institucionales” fueron realizadas considerables reformas al interior del bloque buscando mejorar la adopción de decisiones para garantizar su eficacia en el territorio de los Estados miembros. Paralelamente a esas reformas, el Consejo Mercado Común adoptó una serie de Decisiones en orden a reglamentar las disposiciones de los tratados fundacionales.

La **Decisión 23/00** CMC “Relanzamiento del MERCOSUR – Incorporación de la normativa al ordenamiento jurídico de los Estados Partes” fue el primero de una serie de dispositivos específicos sobre esa cuestión esencial para la consolidación de las distintas etapas del proceso, en particular la Unión aduanera. Tres situaciones fueron reglamentadas: a. la de las normas sometidas al principio general del artículo 40 del

¹⁷ Los elementos determinantes en la decisión y analizados por Perotti son: la circunstancia de que los demás Estados hayan cumplido con la incorporación; la importancia del tema y la complejidad de las normas y procedimientos internos para ejecutarla; el hecho que la incorporación sea hecha de forma adecuada, suficiente y completa (la incorporación sea hecha de forma efectiva o sea, que se hayan tomado todas y cada una de las disposiciones internas necesarias para la aplicación del derecho MERCOSUR); las dificultades que el Estado pueda enfrentar en el proceso de internalización. PEROTTI, Alejandro Daniel, “El Séptimo Tribunal Mercosur y la decisión sobre la falta de incorporación al derecho interno de las normas del bloque” *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*, año 6, No 3, junio 2002, ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina, ps. 114-143.

¹⁸ PEROTTI, Alejandro Daniel, op. Cit., ps. 129 y 130.

Protocolo de Ouro Preto, b. la de aquellos instrumentos que no requieren de medidas internas de incorporación y c. la de los tratados internacionales adoptados en el ámbito del MERCOSUR.

a. La regla general de la incorporación fue reafirmado en el artículo 1° en los mismos términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto. La obligación de notificar a la Secretaría fue confiada a la Coordinación Nacional del Grupo Mercado Común de cada uno de los Estados, que siempre debe indicar la norma MERCOSUR y remitir el texto del instrumento de incorporación nacional. Las otras etapas del procedimiento del artículo 40 del Protocolo deben ser observadas así que todos los Estados procedan a la notificación. En el artículo 4° de la Decisión se encargó a la Secretaría de elaborar un cuadro de incorporación de las normas MERCOSUR y de actualizarlo mensualmente a fin de mantener informados los Estados miembros en las reuniones ordinarias del Grupo Mercado Común. El artículo 7° se refiere a la hipótesis en que los instrumentos normativos prevean un plazo para su incorporación. En esa eventualidad tales cláusulas son obligatorias y la incorporación debe ser hecha de forma a garantizar que el procedimiento para la entrada en vigor simultánea sea respetado.

b. La excepción a la regla general fue consagrada para aquellas normas MERCOSUR relacionadas principalmente con cuestiones orgánicas del bloque o con las relaciones externas del mismo¹⁹. Ese tipo de instrumento entra en vigor de forma inmediata. La propia Decisión 23/00 constituye un ejemplo de ese tipo de dispositivo tal y como aparece expresamente mencionado en el artículo 10²⁰.

c. El artículo 6° se refiere a las hipótesis de adopción de tratados internacionales por los Estados miembros, sujetos a ratificación y depósito, caso en el cual la vigencia depende de cada instrumento según los principios del Derecho Internacional Público. Si no hay duda sobre las reglas a aplicar en materia de incorporación al derecho interno, el alcance de las obligaciones de tales instrumentos y de su jerarquía en el ámbito interno tienden a ser consideradas por la doctrina y los Tribunales del MERCOSUR como diferenciadas en relación a las reglas internacionales considerando las finalidades y principios que inspiran la integración regional.²¹

Las disposiciones finales de la Decisión son dedicadas a la normativa aprobada anteriormente²².

¹⁹ El artículo 5° consagra en realidad dos hipótesis: a) Cuando el instrumento se refiera a asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR y la exoneración de la obligación de incorporar haya sido acordada colectivamente. b) cuando el contenido de la norma esté contemplado en la legislación nacional, caso en el cual el Estado interesado deberá comunicar a la Secretaría. Este último dispositivo sería modificado por el artículo 10 de la Decisión 20/02 para las normas adoptadas después de 30 de junio de 2003.

²⁰ “Esta Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto por reglamentar aspectos de la organización o funcionamiento del MERCOSUR”.

²¹ Esta cuestión particular será analizada en la Parte II de este trabajo.

²² Se establece por ejemplo la prioridad que las cuestiones de incorporación deben recibir en las reuniones del Grupo Mercado Común. Igualmente se incumbe a los Estados miembros de confirmar y

La **Decisión 55/00 CMC** “Vigencia simultánea de normas MERCOSUR” consagra la obligación para los Estados de informar a la Secretaría MERCOSUR las normas ya incorporadas en sus ordenamientos jurídicos hasta marzo de 2001 para realizar un levantamiento preciso de la situación real. Tal tarea sería parcialmente realizada por los Estados y serviría de base al trabajo posterior de la Secretaría y del Subgrupo de Trabajo 2 “Cuestiones Institucionales”.

La **Decisión 20/02 CMC** “Perfeccionamiento del sistema de incorporación de la normativa MERCOSUR a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes” fue adoptada sobre consideraciones importantes: la conveniencia de conferir mayor agilidad y previsibilidad al proceso de incorporación, la relevancia que para el mismo representa la vigencia de las normas adoptadas por los órganos de la Entidad internacional así como su cumplimiento por los Estados miembros y, finalmente, la necesidad de asegurar mayor uniformidad y consistencia en la incorporación de la normativa. Este instrumento del Consejo Mercado Común consagró nuevas hipótesis de exoneración de la obligación de incorporar²³ y estableció un sistema de consulta en los Estados miembros con la finalidad de confirmar la conveniencia técnica y jurídica de la adopción de normas y así facilitar su posterior incorporación interna²⁴. Posteriormente, la **Decisión 02/05 CMC**, adoptada con fundamento en el Acuerdo Interinstitucional entre el Consejo Mercado Común y la Comisión Parlamentar Conjunta (CPC), prevería un mecanismo de intercambio de información entre la Secretaría del MERCOSUR y la CPC para garantizar la operatividad del mecanismo de consultas internas.

corregir las informaciones dadas a la Secretaría, de identificar debidamente los instrumentos que no fueron incorporados debido a la existencia de legislación nacional sobre el mismo tema.

²³ Tres situaciones son previstas: a) Cuando exista una norma nacional que contemple en términos idénticos la norma MERCOSUR aprobada, caso en el cual el Estado deberá comunicar tal situación a la Secretaría MERCOSUR dentro del plazo previsto para la incorporación de la norma por el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto. Por su parte la SM se encargará de notificar a los demás Estados (el artículo 10 modificó el artículo 5° (b) de la Decisión 23/00 ya referido); b) Cuando un Estado considere que a la luz de su ordenamiento jurídico la aplicación de la norma no necesita de acto formal de incorporación, caso en el cual se exige notificación a la Secretaría y la norma se considerará incorporada al ordenamiento nacional para fines del cumplimiento del artículo 40; c) Cuando por su naturaleza o por su contenido la norma no necesite de incorporación en todos los Estados Partes, en este caso habrá mención explícita en el instrumento MERCOSUR.

²⁴ Los cuatro primeros artículos consagraron el procedimiento a ser observado: Cuando un proyecto de norma fuere acordado en alguno de los órganos MERCOSUR éste deberá ser sometido a consultas internas en los Estados Partes por un periodo no superior a 60 días a fin de confirmar su conveniencia técnica y jurídica y establecer los procedimientos y el plazo necesarios a su incorporación nacional. Una vez concluidas las consultas, el texto del proyecto podrá ser llevado al órgano de decisión para su adopción, indicando los órganos internos dotados de competencia en la materia reglamentada, los procedimientos y plazos necesarios para asegurar su incorporación. El proyecto de norma sujeta a incorporación será adoptado únicamente si todos los Estados miembros comunicaren que están en condiciones de proceder a la incorporación de la norma ya sea mediante actos del poder ejecutivo o mediante su submisión al congreso. Los textos así aprobados no podrán ser alterados substantivamente con posterioridad. Los artículos 5° y 6° prevén disposiciones para la adopción de normas en situaciones de urgencia. El artículo 7° estableció la obligación de incorporación integral de las normas adoptadas por los órganos MERCOSUR a partir de 30 de junio de 2003 para obtener la uniformidad en la aplicación del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto.

De otra parte la Decisión 20/02 reglamentó la incorporación por vía administrativa de normas MERCOSUR con el objetivo de acelerar el desarrollo de ciertas áreas, aun cuando tal mecanismo no sea el más adecuado en un proceso de integración en términos de seguridad jurídica respecto de las normas adoptadas por los órganos del sistema²⁵. Un guía para la aplicación de la Decisión 20/02 CMC fue elaborado por el Sector Técnico de la Secretaría en 2003 a pedido del Foro de Consulta y Concertación Política con el fin de dar una mayor publicidad a esas disposiciones y así garantizar particularmente el cumplimiento del procedimiento de consultas internas.

En junio de 2003 la **Decisión 07/03** CMC encargó al Subgrupo de Trabajo “Asuntos institucionales” (SGT 2) la elaboración de un análisis sobre la aplicación directa de toda la normativa MERCOSUR que no necesitase de tratamiento legislativo nacional. La labor dió lugar a la emisión de la **Decisión 22/04** CMC “Vigencia y aplicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR” disponiendo la adopción, por cada Estado Parte, de un procedimiento de entrada en vigor de aquellas normas que no necesiten de tratamiento legislativo interno, obedeciendo para esto las pautas consagradas en el anexo de la Decisión. El procedimiento estaría condicionado a la realización de consultas internas y del análisis de consistencia jurídica previstos en la Decisión 20/02, además de exigir la publicación de las normas en los respectivos diarios oficiales 40 días antes de la fecha prevista para su entrada en vigor, lo que consistiría en un acto de incorporación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto. En la parte final del anexo se determinó que *“las disposiciones MERCOSUR que sigan tal procedimiento dejarán sin efecto, a partir de su vigencia, las normas nacionales de igual o inferior jerarquía”*, lo que es apenas lógico pero resulta sorprendente la consagración del principio por un dispositivo subregional. Podemos destacar que el número de instrumentos de esta naturaleza es considerable, sin embargo el examen de las informaciones de la Secretaría relativas a los instrumentos normativos que requieren de internalización, particularmente por vía legislativa, constata una situación que continúa siendo preocupante²⁶.

La **Decisión 08/03** CMC, adoptada al mismo tiempo que la 07/03, estableció los procedimientos generales para la revocación de las normas MERCOSUR. Tres reglas fueron consagradas: 1º La aprobación de una norma MERCOSUR revocando una anterior no incorporada no resucita la obligación para los Estados de incorporar esta última. La entrada en vigor del dispositivo más reciente implica la revocación de todos

²⁵ El artículo 14 dispone: “A fin de conferir mayor celeridad al proceso de incorporación, los Estados Partes procurarán, de acuerdo con sus respectivas legislaciones internas, centralizar en un único órgano interno el procesamiento de los trámites necesarios a la incorporación de las normas MERCOSUR que puedan ser incorporadas por vía administrativa”. Vale la pena recordar que en el sistema comunitario europeo la implementación de Directivas, que no implica en ningún momento un acto de incorporación, debe ser hecha por actos que tengan fuerza de ley para así evitar los riesgos que conlleva la adopción de actos de jerarquía inferior susceptibles de fácil derogación.

²⁶ Sobre los inconvenientes del mecanismo de incorporación en el Mercosur ver: PEROTTI Alejandro, “Mercosur: proceso legislativo. Sobre algunos inconvenientes que presenta el mecanismo de internalización” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007 – 2, Santa Fé: Rubinzal-culzoni, ps.609- 664.

los anteriores. 2° Hasta la entrada en vigor de la norma más reciente conforme lo dispuesto en el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto, vigorarán los dispositivos anteriores que hayan observado dicho procedimiento. 3° en la hipótesis de adopción de normas MERCOSUR destinadas exclusivamente a reglas anteriores que no hubieren sido incorporadas por algún Estado y que hacen parte de las excepciones a la regla general, la norma que revoca deberá ser incorporada por los Estados que hubieren incorporado la norma anterior. Esta última previsión está destinada a aplicarse a la situación consagrada en el artículo 12 de la Decisión 20/02²⁷.

En la última Reunión del Consejo Mercado Común en diciembre de 2008 fue adoptada otra **Decisión (35/08)** relativa al seguimiento y actualización del acervo normativo del MERCOSUR con el objetivo de definir el futuro de normas derivadas que no hayan sido incorporadas por ninguno de los Estados después de transcurridos 5 años de su aprobación o de 2 años a partir de la fecha de finalización del plazo de incorporación si tal es el caso.

Institucionalmente hay que destacar la previsión por el artículo 4° -12 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR de la elaboración de pareceres por parte de este órgano sobre todos los proyectos de normas MERCOSUR sujetas a incorporación legislativa a fin de facilitar la misma caso el dispositivo sea adoptado. La norma determina también que “ *los Parlamentos nacionales, según los procedimientos internos correspondientes, deberán adoptar las medidas necesarias para la instrumentalización o creación de un procedimiento preferencial para la consideración de las normas del MERCOSUR que hayan sido adoptadas de acuerdo con los términos del parecer del Parlamento..*”. La aplicación eficaz de tales reglas iría en el sentido de reconocer autonomía a las normas MERCOSUR frente a normas internacionales que también estuvieren sujetas a la condición de aprobación por el Congreso Nacional de los Estados Miembros. Por otro lado, el Parlamento tiene la iniciativa legislativa ante el Consejo Mercado Común (art. 4°- 13). La **Decisión 47/08 CMC** creó el Grupo de Alto Nivel sobre la relación institucional entre los dos órganos (GANREL) encargado de elaborar una propuesta relativa a los procedimientos de interacción entre dichas instituciones.

Finalmente, en el mismo orden de ideas, el Grupo de Alto Nivel para la Reforma Institucional (GANRI) creado por el subgrupo de Trabajo 2 “Asuntos Institucionales” se encuentra discutiendo un proyecto de Protocolo sobre la incorporación directa de las normas del MERCOSUR a los ordenamientos internos, que si fuere adoptado podría mudar profundamente el futuro de las normas subregionales y el principio general mencionado.

²⁷ Art. 12 “*Los Estados Partes identificarán conjuntamente los casos en que una norma, en función de su naturaleza o contenido, necesita ser incorporada apenas por determinados Estados Partes a sus ordenamientos jurídicos internos, en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto. Este entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente mención: “ Esta (Directriz, Resolución, Decisión) necesita ser incorporada apenas al ordenamiento jurídico interno de (Estado/s Parte/s). Esta incorporación deberá ser realizada antes de (fecha)”*”.

El trabajo desarrollado por la Secretaria MERCOSUR ha contribuido no solo a mejorar la transparencia de la actividad de los órganos de decisión, de ejecución y de iniciativa del bloque, mas al mismo tiempo a verificar la situación de la normativa mercosuleña al interior de los Estados y en consecuencia a determinar la situación de cumplimiento de las obligaciones internacionales. Entre los instrumentos más importantes para esa labor podemos destacar el propio Informe Anual de Actividades, los Informes sobre aplicación del Derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales y el Boletín oficial del MERCOSUR.

En el Informe de Actividades de 2007 consta el apoyo prestado al proceso de elaboración e implementación de las normas realizado por el Sector de Normativa, Documentación y Divulgación que constató la adopción de 42 Decisiones, 26 Resoluciones y 21 Directivas; igualmente dicho sector se encarga de elaborar un listado general de las normas que deben ser incorporadas y de su situación para entregarlo en cada encuentro de la Reunión Técnica de Incorporación de Normas, que fuera creada en 2007, para ayudar a la solución de los problemas en esta área²⁸.

La importancia de los Informes sobre aplicación de la normativa subregional por los tribunales nacionales es indiscutible. En los dos que han sido publicados figuraban entre las finalidades perseguidas: proporcionar a los jueces y magistrados nacionales una fuente de información precisa para facilitar la tarea aplicativa del ordenamiento jurídico del bloque; facilitar a la comunidad académica una fuente primaria de estudios y análisis sólidos; “*colocar a disposición de las autoridades políticas y diplomáticas, principalmente a los negociadores del bloque, datos fácticos sobre la vigencia judicial del ordenamiento del MERCOSUR, lo cual permitirá evaluar – desde la perspectiva jurídica – la repercusión de las normas comunitarias en las sociedades nacionales, a fin de tomar en consideración, llegado el caso, posibles elementos y situaciones a la hora de enfrentar la etapa preparatoria de la legislación del MERCOSUR, mejorando así la tarea negociadora*”. Las conclusiones del Segundo Informe constataron el crecimiento de causas involucrando normas subregionales y el hecho que a pesar de existir en el ámbito regional “*una comunicación aún escasa entre los distintos tribunales de los Estados Partes, en particular en lo que hace a la pesquisa de jurisprudencia emitida en temas vinculados al Derecho del MERCOSUR, no lo es menos que se han dado pasos que facilitan dicho intercambio*”²⁹. Uno de los más significativos fue la creación del Foro Permanente de Cortes supremas del MERCOSUR y Estados Asociados (instituido por la Carta de Brasilia en noviembre de 2004) que se convirtió en un núcleo de intercambio de información y de experiencias, además de constituir un incentivo en materia de aplicación del derecho mercosuleño.

²⁸ En octubre de 2008 fue adoptado por el Parlamento del Mercosur un proyecto de norma relativa a la “publicación del Estado de incorporación de las normas del Mercosur y del comienzo de su vigencia” de autoría del Parlamentario argentino Adolfo Rodríguez Saá, en los considerandos se destaca como elemento esencial para la correcta aplicación de las normas mercosureñas el acceso fácil e inmediato a la información sobre la fecha precisa de la entrada en vigor de las mismas.

²⁹ 2º Informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales (2004), Montevideo: Secretaria MERCOSUR, Konrad Adenauer Stiftung, Mayo 2006.

III. LA JERARQUÍA DE LAS NORMAS MERCOSUR – EMERGENCIA DE PRINCIPIOS AUTÓNOMOS

Si la falta de incorporación constituye un grave problema para el avance del proceso de integración entre Estados, la solución dada por las autoridades nacionales (en particular los jueces) al conflicto eventual entre las normas regionales internalizadas y los dispositivos nacionales, existentes o futuros, puede representar otro obstáculo difícilmente superable. La equiparación realizada originalmente del derecho mercosureño al Derecho Internacional Público y las soluciones divergentes dadas en los Estados Miembros contribuyó sin duda alguna a la inaplicabilidad de las primeras y al estancamiento del proceso de integración (1). Afortunadamente, esfuerzos siguen siendo realizados para garantizar primacía y aplicabilidad a los dispositivos y aun cuando resta mucho por hacer no hay que olvidar que experiencias integracionistas avanzadas ya pasaron por situaciones similares (2).

1. El problema de la equiparación con el Derecho Internacional y las soluciones diferentes en el ámbito nacional

El Primer Informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales elaborado por la Secretaría de la Organización en 2004 destaca como *“En el modelo mercosureño, la importancia de la actividad judicial a nivel interno cobra una trascendencia adicional toda vez que, a diferencia de otros esquemas de integración, la ausencia de un Tribunal de Justicia transforma a los respectivos tribunales nacionales en última instancia, definitiva de la interpretación y de la aplicación del Derecho del MERCOSUR...La tarea aplicativa del Derecho del MERCOSUR, principalmente por los jueces nacionales, constituye, sin lugar a dudas, la última y más importante de las fases que hacen a la vigencia práctica de la normativa regional. La eventual falta de aplicación del ordenamiento mercosureño, lo mismo que si ella ocurre de manera errónea o incompleta, limita substancialmente el éxito de las reglas de derecho que deben regular el proceso de integración, contribuyendo en ocasiones a la aparición de situaciones de inseguridad jurídica”*³⁰.

Toda experiencia integracionista enfrenta esa delicada cuestión y la forma de resolverla condiciona en gran medida su evolución, como puede comprobarlo el análisis del transcurso integracionista en Europa y en la región andina. No existen previsiones específicas en los tratados fundacionales del MERCOSUR.

Las posiciones adoptadas en el territorio de los cuatro miembros actuales del bloque obedecen lo estipulado por disposiciones constitucionales expresas o, ante la inexistencia de las mismas, han recibido tratamiento jurisprudencial sobre fundamentos diversos. En este último caso las autoridades nacionales aplicaron los mismos criterios

³⁰ Primer Informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales y sobre la aplicación del Derecho Nacional a través de los Mecanismos de Cooperación Jurisdiccional Internacional del MERCOSUR, Secretaria del MERCOSUR, Estudio No. 003/04, Montevideo, 15 de julio de 2004, en <http://www.mercosur.org.uy>

utilizados frente a los dispositivos del Derecho Internacional Público. Es interesante notar cómo referencias a la integración están presentes en todas las Constituciones³¹ así como el reconocimiento, tradicional en los Estados sudamericanos, de la prevalencia de la Carta Fundamental sobre cualquier dispositivo normativo³². En orden a asegurar dicho principio fueron establecidos mecanismos de control constitucional de las leyes y de los tratados internacionales³³. Como resultado, la solución que el enfrentamiento entre normas MERCOSUR y normas constitucionales tendría en la práctica sería

³¹ Art. 6º de la Constitución Uruguaya: “En los Tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.

La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.”

Art. 4º Parágrafo único de la Constitución Brasileña de 1988: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Art. 145 de la Constitución Paraguaya de 1992: “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.

Dichas decisiones solo podrán ser adoptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.”

Art. 75 de la Constitución Argentina de 1994: “Corresponde al Congreso: 24. 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. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

³² Las Constituciones de Paraguay y Argentina siendo las más recientes poseen los dispositivos más específicos en ese sentido: art. 137 de la Constitución Paraguaya: “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”.

Art. 31 de la Constitución Argentina: “Esta 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, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859.”

³³ Art. 239 1º) de la Constitución Uruguaya; art. 102 III b) de la Constitución brasileña; art. 259 de la Constitución Paraguaya y art. 116 de la Constitución Argentina. La guarda de la Constitución es confiada en Brasil al Supremo Tribunal Federal, en los demás países a las respectivas Cortes Supremas. La norma Brasileña es la más específica con relación al control de constitucionalidad de las normas internacionales: “*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III-julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida : b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou ley federal*”

semejante independientemente del país donde tuviese lugar, como sucedió en los primordios del proceso europeo³⁴.

No obstante, si el dispositivo MERCOSUR revistiese la forma de un tratado relativo a derechos fundamentales, habría necesidad de indagar si el resultado del conflicto referido en Argentina o en Brasil no sería diferente. En efecto, las dos Constituciones reconocen jerarquía constitucional a los tratados sobre esta materia que hayan sido aprobados con una mayoría especial por el Congreso³⁵. La diferencia entre los dos preceptos constitucionales está en que la disposición argentina otorga expresamente ese tratamiento privilegiado a tratados anteriores, que no habrían observado el procedimiento en cuestión, solucionando una polémica surgida en el Brasil frente a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La situación no es improbable pues en el ámbito regional han sido adoptados instrumentos importantes como el Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile de 1998 y el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del MERCOSUR de 2005. De hecho, en la Declaración 23/2008 sobre el VI Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR se establece la creación de un Grupo de Trabajo responsable por la redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales del MERCOSUR.

Las divergencias entre los Estados miembros, con resultados adversos a la consolidación del mercado común, aparecen frente al conflicto eventual entre las normas adoptadas por los órganos de decisión subregional y las leyes o actos administrativos nacionales. En Argentina y Paraguay las autoridades nacionales son obligadas a obedecer los preceptos constitucionales. Las soluciones más vanguardistas en esta área están consagradas en la Constitución argentina. Inspirado indiscutiblemente

³⁴ La doctrina europea sobre esta cuestión es realmente abundante y la materia continua en constante evolución.

³⁵ Art. 75 de la Constitución argentina “ *Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Art. 5º parágrafo 3º (incluido por la Reforma Constitucional 45 de 2004) “ *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.*

en la experiencia europea y precedido por decisiones paradigmáticas de la Corte Suprema, el artículo 75 reconoce la distinción entre el Derecho Internacional Público (parágrafo 22)³⁶ y el Derecho de la Integración regional (parágrafo 24) fruto del ejercicio de poderes delegados a organizaciones supra-estatales. La norma asegura la primacía de las disposiciones dictadas en ejercicio de tales poderes sobre las leyes federales y la jurisprudencia de los tribunales argentinos ha asegurado la aplicación del mandato constitucional.

El artículo 137 de la Constitución paraguaya también reconoce la prevalencia a los tratados internacionales sobre las leyes, pero sin hacer distinción en cuanto a su origen o alcance. El artículo 145 en que se admite la existencia de un orden jurídico supranacional es obviamente benéfico para la integración, el problema está en la redacción del segundo parágrafo cuya interpretación puede eventualmente dificultar su verdadero sentido. Siendo la esencia misma de la supranacionalidad que las decisiones adoptadas por los órganos dotados de competencias delegadas por los Estados Miembros ingresen en el ordenamiento interno de cada uno de ellos sin intervención de los órganos estatales, en particular sin necesidad de posterior aprobación por el Congreso, la única interpretación que debe ser defendida es que la aprobación parlamentaria será exigida únicamente a los tratados fundacionales, así como a aquellos instrumentos que los complementen o modifiquen.

Sobre la jerarquía de las normas internacionales en relación a las leyes internas las Constituciones brasileña y uruguaya son muy parecidas. Ninguna contiene normas específicas por lo que la cuestión ha sido resuelta en los tribunales. Pero mientras las altas cortes brasileñas han defendido hasta hoy la paridad entre tratado y ley federal dando aplicación al dispositivo más reciente o al especial, la postura inicialmente reluctante de los tribunales uruguayos ha dado lugar al reconocimiento de primacía y efectividad de las normas internacionales.

El Primer Informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR publicado en 2004, ya referido, contiene conclusiones ilustrativas de la situación al interior de la región que nos permitimos reproducir: *“La lectura del presente documento demuestra la receptividad de las normas del MERCOSUR por parte de los tribunales de los cuatro Estados miembros... La vigencia judicial del Derecho del MERCOSUR no solo ha tenido lugar por iniciativa de los propios tribunales, sino también de los abogados litigantes, que han alegado las disposiciones mercosureñas en sus escritos... Por otro lado, la falta de uniformidad que se observa en algunos sectores del Derecho del*

³⁶ Como referido en la nota anterior los tratados y convenciones reciben en Argentina jerarquía infraconstitucional y supralegal. La Corte suprema se habían ocupado de la cuestión desde 1911 y desde 1992 el Tribunal asumió un enfoque nuevo y precursor de las modificaciones constitucionales. En el caso Miguel A. Ekmekdjian c. Gerardo Sofovich y otros, la Corte vá a abandonar su orientación dualista al reconocer la aplicabilidad inmediata de un acuerdo internacional aprobado y ratificado, y al afirmar su primacía frente a las leyes federales de acuerdo con los principios de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En este sentido nuestro trabajo “La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur” en Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros, organizado por Maristela Basso, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997, ps. 33-88.

MERCOSUR (por ejemplo certificados de origen) señala la imperiosa necesidad de contar con una jurisdicción especializada en materia de interpretación de normas". Al referir la facultad del Tribunal Permanente de Revisión de emitir opiniones consultivas el informe añade: "se espera, con gran expectativa, que la magistratura de los Estados Partes siga con interés el asunto, a fin de que las cuestiones formuladas por los jueces de todas las instancias – especialmente la primera, enfrentada reiteradamente a las complejas cuestiones de integración ejemplificadas en este Informe – sean encaminadas al TPR a través de los Tribunales Superiores Nacionales."

2. Los esfuerzos realizados para garantizar la primacía de las normas MERCOSUR.

Como bien lo señalara el Profesor Manuel Cienfuegos³⁷, en un proceso de integración es fundamental anular las consecuencias del dualismo puro, pues difícilmente el derecho de la organización podrá coexistir y ser efectivo si es sometido a un régimen de transformación y equiparación a la ley nacional. Paralelamente a los instrumentos y medidas adoptadas al interior de las instituciones mercosuleñas para garantizar la recepción y aplicación de las normas subregionales debe constatarse la realización de esfuerzos en aras a reconocer la autonomía de las mismas frente a las normas internacionales, así como su prevalencia frente a los dispositivos nacionales sobre bases y principios particulares de la experiencia integracionista.

Ante la falta de normas expresas sobre la jerarquía de las normas MERCOSUR frente a las normas nacionales el papel desempeñado por el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) es, sin duda alguna, determinante. El Tribunal fue creado por el Protocolo de Olivos de 2002 en cuyo preámbulo se reconoce "*la necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR de forma consistente y sistemática*".

Fuera de la competencia en el ámbito contencioso, donde puede actuar como tribunal principal del conflicto o como instancia de revisión del laudo arbitral adoptado por un tribunal ad hoc, el TPR recibió la posibilidad de emitir opiniones consultivas que pueden ser solicitadas por todos los Estados Partes actuando conjuntamente, por los órganos con capacidad decisoria o por los tribunales superiores³⁸.

En el primer Laudo adoptado en un recurso de revisión el TPR destacó la autonomía del Derecho de integración frente al Derecho Internacional Público: "*..no obstante de que los principios y disposiciones del Derecho Internacional están incluidos en el Protocolo de Olivos como uno de los referentes jurídicos a ser aplicados (art. 34) su aplicación debe ser solo en forma subsidiaria (o en el mejor de los casos complementaria) y solo*

³⁷ CIENFUEGOS MATEO Manuel, "La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del Mercosur" en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2001, no. 3, disponible en www.reei.org.

³⁸ La reglamentación de las opiniones consultivas fue realizada por la Decisión CMC 37/03 de diciembre de 2003 y la Decisión CMC 02/07 de enero de 2007.

*cuando fueren aplicables al caso. Nunca de manera directa y primaria, como desde luego corresponde en un Derecho de la Integración (que ya tiene el MERCOSUR) y en un Derecho Comunitario al cual se aspira (que todavía no tiene el MERCOSUR) por la ausencia de la tan anhelada supranacionalidad. En suma, el Derecho de Integración tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho. El no considerar ello contribuye siempre de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña.*³⁹

En cuanto a las Opiniones Consultivas es de lamentar la falta de obligatoriedad que afecta directamente la eficacia de la interpretación prejudicial que se pretende consagrar y les retira fuerza como instrumentos de garantía para la seguridad jurídica de los operadores. En este sentido el árbitro coordinador de la redacción de la respuesta de la Primera Opinión consultiva del TPR Dr. Wilfrido Fernández de Brix afirmaba: *“En primer término es característica de todo tribunal su imperatividad, pero mucho más que ello, con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto del magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme en todo el territorio integrado, objetivo por lo demás declarado por el guión cuarto del Artículo 2 de la Decisión CMC no. 25/00...”*⁴⁰,

La legitimación para solicitar opiniones consultivas al TPR fue otorgada por las Decisiones CMC37/03 (art.2º) y 02/07 (arts. 2º y 3º) a los supremos tribunales de los Estados miembros⁴¹, de tal forma que las cortes y jueces inferiores deben solicitar su intervención, salvo en caso de delegación⁴².

³⁹ Laudo 1/2005, Laudo del TPR constituido para entender en el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc de 25.10.2005 en la controversia “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedente de Uruguay”, emitido en Asunción el 20 de diciembre de 2005, disponible en www.mercosur.org.uy.

⁴⁰ Opinión Consultiva No 1/2007 emitida por el TPR el 6 de abril de 2007. Disponible en www.mercosur.org.uy

⁴¹ Art. 2º Decisión 02/07 CMC *“Son considerados competentes para solicitar opiniones consultivas al TPR, los siguientes tribunales de los Estados Partes:*

- *Por la República Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación;*
- *Por la República Federativa del Brasil, Supremo Tribunal Federal,*
- *Por la República del Paraguay, corte Suprema de Justicia; y*
- *Por la República Oriental del Uruguay, Suprema Corte de Justicia y Tribunal de lo Contencioso Administrativo.*

Los Estados que en el futuro se adhieran al Tratado de Asunción e, ipso iure, al Protocolo de Olivos notificarán a los Estados Partes respecto del órgano competente designado para tramitar las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión. Esta designación será formalizada mediante Decisión del Consejo Mercado Común”.

⁴²El art. 3º de la Decisión 02/07 CMC establece: *“Los Tribunales nacionales indicados en el artículo 2 podrán delegar la competencia aquí prevista, siempre que el órgano judicial delegado también cumpla con la condición de Tribunal Superior con jurisdicción nacional. En la hipótesis de que la solicitud proceda del órgano judicial delegado, la recepción del pedido presupone una comunicación formal del término de delegación a la Secretaría del TPR”.*

La primera opinión consultiva emitida por el TPR en 2007, originada en una solicitud de un juez de Primera Instancia en Paraguay y encaminada por la Corte Suprema de ese país, constituye una tentativa de los árbitros en reconocer características propias al Derecho del MERCOSUR justificadas en la naturaleza misma del proceso integracionista. Consideramos importante reproducir algunas de sus declaraciones: *“las opiniones consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales consultivas, a la fecha aun no vinculantes. En las mismas, le cabe al TPR interpretar el derecho de integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación, así como la interpretación y aplicación del derecho nacional, exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultantes...Las normas del MERCOSUR internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes....dicha primacía resulta de la propia naturaleza del Derecho del MERCOSUR”*. Pero, sin lugar a dudas, las palabras del Coordinador designado para la redacción de la opinión son bastante inspiradoras para los defensores del derecho de integración del MERCOSUR *“Ha sido hasta la fecha un error constante tanto de la jurisprudencia como de la doctrina existente, el solo recurrir al argumento de la prevalencia del tratado sobre la ley para sostener la prevalencia o no del derecho del MERCOSUR sobre el derecho nacional. Si bien este es un argumento jurídicamente correcto, nunca debe constituirse en el argumento principal para el arribo a tal conclusión. El argumento principal debe ser siempre este: el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia. Caso contrario, se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no solo del Derecho de Integración, sino del proceso de integración en sí mismo, o en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pondría en tela de juicio la base jurídica misma del MERCOSUR. La anterioridad o posterioridad de la norma nacional deviene absolutamente irrelevante”*. Como vemos en esta primera oportunidad el TPR deja entrever la necesidad de otorgar en un futuro obligatoriedad a las opiniones consultivas para garantizar la interpretación, la aplicación uniforme y eficaz de las normas MERCOSUR. De otra parte, resulta notable el reconocimiento expreso de que el derecho de integración posee ciertas características autónomas con relación al derecho internacional.

Las opiniones consultivas pueden convertirse, igualmente, en verdaderos instrumentos de control de la legalidad del derecho derivado (asegurando la jerarquía del derecho originario), y del cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros frente a la organización. Así lo destacara el Profesor Alejandro Perotti, con quien concordamos plenamente, al analizar la jurisprudencia de algunos tribunales brasileños con relación a Resoluciones del Grupo Mercado Común: *“La posibilidad de control de la legalidad de las normas del MERCOSUR derivadas..por parte de los jueces nacionales que deban intervenir en litigios en los cuales se aleguen reglas del ordenamiento jurídico del MERCOSUR, viene – de alguna manera – facilitada por la “laguna” que al respecto contiene el PO, que en este aspecto ha seguido al régimen establecido en el – anteriormente vigente – Protocolo de Brasilia...En la actualidad, el Derecho del MERCOSUR comienza a ser invocado de forma constante en los litigios que se tramitan ante los tribunales nacionales de los Estados Partes, y aún más, en ocasiones*

es aplicado de oficio por los propios tribunales. Por tal razón, los supuestos en los que una de las partes en la controversia plantee la incompatibilidad entre las normas del derecho originario y las disposiciones de rango derivado constituyen- ciertamente – hipótesis cuya ocurrencia no cabe descartar”⁴³. Ante esa situación, la concesión a los tribunales nacionales de legitimación consultiva al TPR evitaría el riesgo de aplicación no uniforme del Derecho MERCOSUR en el territorio de los Estados miembros pues “podría pensarse en una especie de declaración de invalidez in casu (tal como ocurre en Argentina con el control de constitucionalidad) por parte del TPR, o utilizarse la excepción de ilegalidad (proceso ante el juez nacional) combinada con la opinión consultiva (TPR)”.

En la primera opinión consultiva el árbitro coordinador realizó sobre esa particular cuestión varias apreciaciones que merecen la pena ser mencionadas: En primer lugar, el TPR tiene competencia para interpretar el derecho del MERCOSUR y el magistrado consultante posee competencia para aplicar esa interpretación, así como interpretar el derecho interno e internacional y aplicarlo al caso (afirmación adoptada por el voto unánime de los árbitros); el TPR puede referirse a los hechos que hacen al caso pero nunca emitir un juicio de valor sobre los mismos; una lectura finalista de las normas mercosuleñas demuestra que el TPR tiene competencia para estudiar y declarar inaplicables normas del derecho derivado que transgredan el derecho originario del MERCOSUR “*caso contrario el TPR se encontraría aberrantemente obligado a declarar aplicable y/o aplicar una norma del derecho derivado, aun cuando la misma estuviera en manifiesta contradicción al Tratado de Asunción o al resto del derecho originario, lo cual a su vez sería un contrasentido institucional de gravísimo nivel...desconocer la potestad del TPR para proceder conforme significaría que los propios tribunales nacionales tendrían entonces la competencia de declarar la incompatibilidad precedentemente mencionada, provocando entonces la vigencia no uniforme del derecho del MERCOSUR en el territorio de los Estados Partes, además de desnaturalizar por completo la competencia jurisdiccional de un tribunal comunitario*”.

Finalmente, la emisión de opiniones consultivas puede constituirse en un recurso sucedáneo de la acción por incumplimiento existente en el sistema MERCOSUR: “*no cabe descartar que los tribunales nacionales utilicen el mecanismo de las opiniones consultivas para enjuiciar actos, medidas u omisiones de los Estados Partes desde el punto de vista de su ajuste al Derecho del MERCOSUR, esto es para requerir del TPR un dictamen sobre la compatibilidad de la actividad del Estado en relación al derecho del bloque*”⁴⁴. Esa posibilidad permitiría una participación mayor de los particulares y

⁴³ PEROTTI, Alejandro Daniel, “El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional” en DeCitas. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades, No. 3, 2005, Buenos Aires: ed. Zavalía, ps. 551-560. En el artículo se hace referencia a decisiones del Tribunal Federal de la 4ª Región que “*al declarar inaplicable la Portaria No 16/95 – que ya se destacó, reproduce textualmente las disposiciones de la Resolución No 131/94 – por su incompatibilidad con el Tratado de Asunción, efectuó, en los hechos, un control de legalidad de la Resolución del GMC y constató que al restringir el alcance del artículo 1º del Tratado debe ser inaplicada en atención a la jerarquía superior de éste.*”

⁴⁴ Seguimos aquí nuevamente a PEROTTI, “El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional”, ya referido.

de los jueces en el control del desarrollo y evolución del propio proceso integracionista que en últimas debe perseguir el bienestar de los individuos en la subregión.

En la Declaración 23/2008 sobre el VI Encuentro de Cortes Supremas se propuso la creación de un Supremo Tribunal de Justicia del MERCOSUR: “resulta de fundamental importancia para el desarrollo del MERCOSUR y para nuestra integración definitiva la implantación de un único Superior Tribunal de Justicia del MERCOSUR que dirima conflictos e interprete el derecho comunitario sin perjuicio de la lógica autonomía de los órganos judiciales de los Estados Partes ...la única manera de posibilitar a los habitantes de nuestro MERCOSUR un mejor nivel o calidad de vida, será aumentándolo sobre la base de la seguridad jurídica, que deberá ser única y no podrá estar sujeta a las diferentes interpretaciones de los órganos judiciales de cada Estado Parte”. El hecho de que los propios altos tribunales hagan esas afirmaciones demuestra claramente el cambio de mentalidad en el seno de los poderes judiciales nacionales, contrarios a ideas semejantes diez años atrás. La propia mención al “derecho comunitario” en relación a las normas mercosureñas es ya una clara señal del reconocimiento del ordenamiento subregional como diferente del derecho internacional público.

IV. CONCLUSIÓN

La cuestión de la incorporación e implementación de reglas MERCOSUR en los ordenamientos jurídicos nacionales continua siendo complicada a pesar de los años con que ya cuenta la experiencia integracionista. Para el Profesor Roberto Bouzas ⁴⁵ el mayor problema del MERCOSUR no es el de no constituir una unión aduanera mas el de ser una precaria zona de libre comercio cuya consecuencia fundamental es la inestabilidad de las reglas de acceso a los mercados y la parálisis en el tratamiento de una serie de restricciones no arancelarias con efectos que distorsionan la concurrencia. En la opinión del citado autor, que compartimos plenamente, la ineficacia del proceso de adopción de decisiones y de implementación de normas aparece disimulada por una impresionante producción normativa dando la impresión de progreso⁴⁶. Las palabras del antiguo Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay Didier OPERTTI corroboran esa posición y continúan actuales *“muchas veces se nos transmite la sensación de estar participando en un juego un tanto automatizado de toma de decisiones en las que la voluntad técnica adquiere en muchos casos una marcada autonomía o una cierta*

⁴⁵BOUZAS Roberto “MERCOSUR: crisis económica o crisis de integración?”, ps.47-61, en “Grupo de Reflexão prospectiva do MERCOSUR” - Ministério de Relações Exteriores, Subsecretaria de Assuntos de Integração Econômica e de Comércio Exterior, BID, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Brasília. 2002.

⁴⁶ En las palabras del ilustre Profesor: “Transitoriamente la ineficacia del proceso decisorio y de implementación de normas se ocultó a través de una “inflación normativa” que daba una apariencia de progreso, pero que ni avanzaba en la incorporación de nuevas decisiones sustantivas ni reducía el acervo de acuerdos pendientes de implementación. En la práctica esta “inflación normativa” sólo acrecentó el acervo de decisiones sin efecto practico”, BOUZAS Roberto, Op. Cit. P, 52 e 53.

*dimensión propia que conlleva el riesgo de alejarla y aún de divorciarla de la voluntad política*⁴⁷.

De otra parte, si los dispositivos son debidamente incorporados mas, en las hipótesis de conflicto con normas nacionales las soluciones adoptadas divergen de Estado a Estado, la superación de los obstáculos a la integración pretendida por vía normativa subsiste en la práctica, con el peligro que esto representa para el progreso del proceso y para la percepción por los operadores de obtención de resultados concretos. Es interesante constatar la emergencia de una concientización, al interior de la subregión, en el sentido de reconocer la naturaleza particular del derecho del MERCOSUR, independiente del Derecho Internacional Público, y de las soluciones propias que los problemas de aplicación y colisión entre ordenamientos jurídicos exigen.

Son notables los esfuerzos para salir de la situación de inercia y estancamiento aparente del MERCOSUR pero un replanteamiento de objetivos y mecanismos se exige para obtener resultados efectivos. La voluntad política de los Estados será determinante para que los esfuerzos referidos surtan efecto y la situación se modifique realmente. Consideramos que las palabras del Profesor Felix Peña son suficientemente elocuentes en ese sentido: *“construir el MERCOSUR, entre todos, significa por cierto comercio e inversiones, transformación productiva conjunta, y plataforma para competir y negociar en el mundo. Pero su esencia estratégica es la de constituir un núcleo duro de paz y estabilidad política democrática en America del Sur. Es una tarea ambiciosa sin márgenes para hechos que generen desconfianzas recíprocas y en ella, ninguno de los socios tiene suficiente poder como para pretender actuar por las suyas.”*⁴⁸.

⁴⁷ OPERTTI BADÁN, Didier, “Reflexiones sobre el MERCOSUR”, ps. 13-25; en “Grupo de Reflexão prospectiva do MERCOSUR” ”- Ministério de Relações Exteriores, Subsecretaria de Assuntos de Integração Econômica e de Comércio Exterior, BID, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Brasília. 2002.

⁴⁸ PEÑA Felix, “ Hay que construir un MERCOSUR de socios no de rehenes” en diario El Cronista, publicado el 4 de agosto de 2008, disponible en <http://www.felixpena.com.ar>