

---

## CAPÍTULO IV

---

### **EN TORNO A LAS NORMAS DEL MERCOSUR: CLASIFICACIÓN Y JERARQUÍA, INCORPORACIÓN, VIGENCIA (SIMULTÁNEA) Y DIFICULTADES CONSTITUCIONALES\***

***(ABOUT THE NORMS OF THE MERCOSUR:  
CLASSIFICATION AND HIERARCHY, INCORPORATION,  
ENTRY INTO FORCE (SIMULTANEOUS) AND  
CONSTITUTIONAL DIFFICULTIES)***

***Antonio Martínez Puñal***

#### **RESUMEN:**

El trabajo se ocupa del sistema de fuentes normativas en el MERCOSUR, su clasificación (derecho originario, derivado y complementario) y su incorporación al derecho interno de los Estados Partes. Durante el desarrollo se destacan tres realidades: las deficiencias del sistema de la vigencia simultánea de las normas en los Estados Partes, la necesidad de reformas constitucionales; la urgencia de contar con un órgano judicial y un órgano con capacidad para exigir a los Estados el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el ámbito del MERCOSUR.

#### **PALABRAS-CLAVE:**

MERCOSUR - Normas - Vigencia simultánea - Dificultades.

\* Este trabajo ha sido llevado a cabo en el marco de las actividades del Programa ALFA II de la Comisión de las Comunidades Europeas - Proyecto EULATIN II, propuesto por el Instituto de Derecho Internacional

**ABSTRACT:**

This paper analyzes the system of normative sources under MERCOSUR, their classification (original, derivative, and complementary) and the incorporation of these norms into the State Parties' domestic law. During the preparation of this paper three facts can be highlighted: system deficiencies for the simultaneous application of norms in the countries of States Parties; the need for constitutional reform; the urgency to have a judicial body and an agency entitled to require compliance of States with their obligations under MERCOSUR.

**KEY WORDS:**

MERCOSUR – norms – simultaneous entry into force – difficulties.

**SUMARIO:** *A. El ordenamiento jurídico del MERCOSUR, entre la cooperación y la integración: sistema de fuentes normativas en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Ouro Preto: 1. Clasificación: a) El Derecho originario; b) El Derecho complementario; c) El Derecho derivado: tipos de normas.- 2. Jerarquía interna.- B. Elaboración, incorporación y vigencia simultánea.- C. Dificultades constitucionales en Brasil y Uruguay y bases para un entendimiento normativo en el MERCOSUR.*

**A. El ordenamiento jurídico del MERCOSUR, entre la cooperación y la integración: sistema de fuentes normativas en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Ouro Preto**

El MERCOSUR posee un entramado institucional fundado en el Tratado de Asunción, en el Protocolo de Ouro Preto y demás instrumentos complementarios, que conforman el MERCOSUR jurídico-institucional, cuya comprensión y estudio deben ser hechos siempre en el marco del carácter evolutivo y flexible del proceso mercosureño.

---

Público, Derecho Comunitario Europeo y de Relaciones Internacionales de la Universidad de Innsbruck/Austria (Europa - Latinoamérica. Integración Regional - Parte II), y asimismo, en su fase de investigación, en el ámbito del Proyecto financiado por la Xunta de Galicia (Consellería de Innovación, Industria y Comercio. Dirección General de Investigación y Desarrollo), "Ámbitos prioritarios de la cooperación internacional en las relaciones Unión Europea-América Latina: Consolidación democrática y Protección de los Derechos Humanos, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Penal Internacional" (PGIDIT05PXIB20201PR).

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Bajo un enfoque como éste, hay que reconocer que no sólo la estructura orgánica del MERCOSUR nos acerca, por ahora, al diseño -aunque con ciertas variantes y particularidades- de la Organización internacional clásica de cooperación, sino que también el *Derecho del MERCOSUR* nos aproxima a un ordenamiento jurídico típico y derivado del fenómeno organizativo de cooperación, aunque, como vamos a ver, trascendiendo aquí y al mismo tiempo no sólo el valor *obligatorio* de los actos del Derecho derivado, sino también el juego de unas relaciones entre el Derecho del MERCOSUR y los Derechos internos fuertemente condicionado por el régimen de recepción especial desde el que se concibe, con las consiguientes consecuencias que de ello se derivan en cuanto al valor y alcance del Derecho del MERCOSUR.

En este sentido, podríamos resaltar la existencia de un Derecho del MERCOSUR conformado por un *Derecho originario*, un *Derecho derivado* y un *Derecho complementario*, surgidos en el marco de la dinámica integracionista propia del proceso mercosureño. En efecto, acudiendo a la distinción, fundamental y típica del Derecho de la Organización internacional encontraremos el derecho originario, constituido por el tratado constitutivo, en nuestro caso el Tratado de Asunción -incluidos aquellos tratados internacionales en la terminología mercosureña los protocolos- posteriores que dicen en su texto formar parte del Tratado de Asunción, mientras que el segundo, el derecho derivado, lo estará por los actos normativos adoptados por los órganos del MERCOSUR. Aparte, en el ámbito del Derecho del MERCOSUR, constituirían el Derecho complementario los acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción y sus protocolos.

Ahora bien, cómo podemos llegar a efectuar estas afirmaciones. Obviamente, lo haremos recurriendo a los textos correspondientes del Derecho originario. Al respecto, debemos precisar que el orden jurídico del MERCOSUR se encuentra delineado en tres capítulos del Protocolo de Ouro Preto. Así, el Capítulo IV se refiere a la “Aplicación interna de los órganos del MERCOSUR” (arts. 38-40), el Capítulo V está dedicado a las “Fuentes Jurídicas del MERCOSUR” (arts. 41-42) y el Capítulo VI se refiere al “Sistema de Solución de Controversias” (arts. 43 y 44).

De acuerdo con estos presupuestos, procede avanzar que en el Tratado de Asunción, que establece el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común como los órganos responsables de la “administración y ejecución” de las disposiciones contenidas en el texto fundamental del MERCOSUR, no se recoge un catálogo expre-

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

so y definido de las *Fuentes del Derecho del MERCOSUR*<sup>1</sup> tal como si se hace posteriormente, y según veremos, en el art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, el cual, además de definir la estructura institucional del MERCOSUR y de dotarlo de personalidad jurídica internacional<sup>2</sup>, establece asimismo su estructura jurídica, buscando colmar las lagunas del Tratado de Asunción.

Aun así, ya antes del Protocolo de Ouro Preto, sería posible, en aras de una apreciación de las fuentes normativas del MERCOSUR, acudir al Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias, de 17 de diciembre de 1991, aprobado por Decisión del C.M.C. 1/91 y en vigor el 22-IV-1993, para deducir, en particular del art. 1, y al hilo de la definición de las normas cuya interpretación, aplicación o incumplimiento podrán generar controversias entre los Estados Partes, que las fuentes del Derecho del MERCOSUR quedarían integradas por *el Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en el marco del mismo, las decisiones del Consejo del Mercado Común y las resoluciones del Grupo Mercado Común*; y en este mismo sentido, del art. 19, aptdo. 1, cuando dispone 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 deci-*

<sup>1</sup> En el Tratado de Asunción se contempla lo que sería un esbozo del Derecho derivado del Mercosur. Así, recordaremos que en el art. 9 existe una referencia a “los acuerdos específicos y decisiones que se adopten...”, en el art. 10 se señala que “El Consejo es el órgano superior del Mercado Común, correspondiéndole la conducción política del mismo y la toma de decisiones...”; A su vez, el art. 13 advierte que: “El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercado Común y será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores. (...) Sus funciones serán las siguientes: velar por el cumplimiento del Tratado; tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo (...); finalmente, el artículo 16 prescribía que: “Durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes”. El Derecho derivado del Mercosur, hasta la entrada en vigor del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, estaría conformado, pues, por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y por las Decisiones del Grupo Mercado Común, disponiendo las decisiones del Consejo, en atención a la jerarquía del órgano adoptante, de un rango superior al de las decisiones del Grupo. La referencia a los “acuerdos específicos” (art. 9) parecería colocarnos ante una alusión de lo que sería el Derecho complementario.

<sup>2</sup> CIENFUEGOS MATEO, M.: “La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del Mercosur”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, [www.reei.org](http://www.reei.org), N.º. 3, 2001.

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

*siones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia*<sup>3</sup>; y aun del art. 25 que prescribe que: “El procedimiento establecido en el presente capítulo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del *Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común*”<sup>4</sup>.

En definitiva, en los arts. 1, 19 y 25 del P.B. se trata de marcar el entorno material del ordenamiento jurídico del MERCOSUR a cumplir, el cual vendría conformado por las *disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia.*

Más tarde, frente a los vacíos del Tratado de Asunción -y aun a una cierta indeterminación del Protocolo de Brasilia-, sería en el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, bajo el término de *fuentes* -con la ambivalencia *fuentes*- normas que frecuentemente se produce en textos y doctrina y que, en ocasiones, se puede apreciar en algunos textos de Derecho Internacional-, donde podemos encontrar una redacción de conjunto expresada en los siguientes términos:

“Las fuentes jurídicas del MERCOSUR son:

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

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

<sup>3</sup> Las cursivas son nuestras. El Tribunal Arbitral, en el Segundo Laudo arbitral, refiriéndose a la enumeración del art. 19 del P.B., afirma: “Dicha enumeración consagra un Derecho originario constituida por las normas de los tratados y sus anexos y los acuerdos entre los Estados y un derecho derivado formado por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común” (Pfo. 53 del Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo). El Tribunal no reparó en la presencia del Derecho complementario.

<sup>4</sup> Las cursivas son nuestras.

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

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

Observamos cómo se produce una *adición* en el número de los actos normativos del MERCOSUR, añadiéndoseles a los recogidos en los arts. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia, las *Directivas* de la *Comisión de Comercio* -las cuales “serán obligatorias para los Estados Partes” (art. 20 del P.O.P.); lo que determina que, en consecuencia, el P.O.P., en su art. 43 (Parágrafo Único) disponga, en cuanto al sistema de solución de controversias, que: “Quedan también incorporadas a los arts. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur”<sup>5</sup>.

El conjunto de fuentes normativas, previsto en el texto del art. 41, nos posibilitaría, tal como venimos adelantando, hablar de una tríada de “derechos del MERCOSUR”, formada por los Derechos Originario (art. 41, aptdo. I), Complementario (art. 41, aptdo. II) y Derivado (art. 41, aptdo. III). Todos ellos, con un sentido unitario, conformarían el orden jurídico del MERCOSUR, fundamentado en dicho artículo.

### **1. Clasificación**

#### **a) El Derecho originario**

Como podemos observar, y por lo que se refiere al *Derecho originario*, el Protocolo de Ouro Preto, de algún modo, detalla en su art. 41 lo que en los arts. 1, 19 y 25 del Protocolo de Brasilia, y en el art. 43 del propio P.O.P., aparecería como “el Tratado de Asunción”.

Atendiendo al art. 41, aptdo. 1 del Protocolo de Ouro Preto, el Derecho originario estaría conformado por: “El Tratado de Asun-

<sup>5</sup> El P.O.P dispone en el art. 43 que: “Las controversias que surgieran entre los Estados Partes 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, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991”. Se puede observar que en este precepto se suprime la referencia expresa que había en el art. 19 del Protocolo de Brasilia a “los principios y las disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia”, algo que no tiene demasiada importancia, dado que dichos principios y disposiciones, que no eran enunciados, continuarán, a nuestro juicio, siendo aplicables, en su momento, en virtud de su propia pertinencia o no de aplicación.

ción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios”. Realmente, la situación no varía cualitativamente, dado que, en principio, “sus protocolos”, como se deduce del adjetivo posesivo “sus”, forman parte de “el Tratado de Asunción”, algo que, por lo demás, como puede apreciarse al respecto, se dice expresamente en ellos mismos, habitualmente con la expresión “el presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción”<sup>6</sup>; por otra parte, de no ser así no se haría referencia a ellos como algo separado de los otros “protocolos” a que se alude en el aptdo. II.

Por lo que respecta a los “instrumentos adicionales o complementarios”, creemos que también tendrán naturaleza constitutiva, puesto que de no ser así no añadirían nada distinto a los “acuerdos celebrados... y sus protocolos”, a los que se refiere el aptdo. II. Si el “legislador” quiso distinguirlos sus razones tendría.

Conceptualmente, el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, el cual, como podemos observar, no ofrece grandes novedades, técnicamente resulta interesante con vistas a despejar alguna duda que pudiera aparecer sobre la cuestión de las fuentes-normas del MERCOSUR, si bien quizás los redactores bien hubieran podido haberse esmerado en pro de una mayor claridad terminológica.

### **b) El Derecho complementario**

De acuerdo con el análisis que venimos realizando, dentro del Derecho del MERCOSUR vendrían a conformar el Derecho Complementario las normas comprendidas en el art. 41, aptdo. II del Protocolo de Ouro Preto: “Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos” Existen algunas dudas respecto a qué acuerdos se estaría refiriendo este aptdo. II<sup>7</sup>.

En cuanto a “los acuerdos celebrados en el marco del Tratado

<sup>6</sup> RUIZ DIAZ LABRANO, a nuestro modo de ver incorrectamente, recoge entre el Derecho derivado los Protocolos «parte integrante del Tratado de Asunción» (RUIZ DIAZ LABRANO; R.: *Mercosur, Integración y Derecho*, Buenos Aires, 1998, pp. 522-523).

<sup>7</sup> El Derecho Complementario, como podrá observar el lector, no goza de una opinión pacífica en la doctrina; así un autor como FREELAND LÓPEZ LECUBE, aun moviéndose en una perspectiva aproximativa entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho del MERCOSUR, contempla de otra manera lo que nosotros entendemos por el Derecho Complementario, cuando escribe que: “Si se interpreta, como yo lo hago, que la enumeración de fuentes del POP es meramente enunciativa, pueden identificarse aquí fuentes que van desde los aportes del derecho internacional gene-  

---

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de Asunción y sus protocolos”<sup>8</sup> no hay que dejar de advertir la posible indefinición que estos suscitan en orden, sobre todo, a precisar si en los mismos se podrían incluir tanto aquellos tratados internacionales concluidos por los propios Estados partes atendiendo a la consecución de los objetivos del MERCOSUR (lo que conformaría lo que podemos calificar como *Derecho complementario “ad intra”*), como asimismo los acuerdos que pudieran negociar el C.M.C. y el G.M.C. con terceros países, grupos de países y organismos internacionales (art. 8.IV y 14.VII del P.O.P.)<sup>9</sup> (lo que vendría a conformar un *Dere-*

---

ral y los principios generales del derecho comunitario (o del derecho de la integración) en especial, hasta la doctrina de los autores” (FREELAND LÓPEZ LECUBE, A.: *Manual de derecho comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, 1996, p. 213).

<sup>8</sup> Desde una posición que entendemos no acertada, GARRÉ COPELLO cataloga como Derecho comunitario primario todo aquel derecho de carácter convencional elaborado en el ámbito del sistema de integración (GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., pp. 18-19). En esa línea, DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A. y RIVERA, J.C.: *Derecho Comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur*, Buenos Aires, 1995, p. 177.

Asimismo, no nos parece acertada la postura de DROMI SAN MARTINO cuando, después de hacer referencia al orden de prelación de los arts. 19 del P.B. y 41 del P.O.P., afirma que “otro criterio a aplicar para establecer la jerarquía de la normativa regional estaría dado por la forma y modalidad elegidas para su entrada en vigencia en los derechos internos de cada uno de los Estados Parte del Mercosur. Por ejemplo, vemos que los Protocolos son ratificados por leyes en Argentina, Paraguay y Uruguay, y por Decretos legislativos en Brasil, mientras que la restante normativa es aprobada por disposiciones administrativas o reglamentaciones (v. gr. Resoluciones) para su incorporación al derecho interno de cada Estado” (DROMI SAN MARTINO, L.: “La armonización entre el Mercosur y la OMC”, *MERCOSUR: nuevos...*, cit., p. 389; en la misma línea en la p. 340). Amén de la necesidad de examinar a nivel de derecho interno la naturaleza y rango de las llamadas “disposiciones”, conviene recordar que el rango de la norma de recepción es un asunto de índole doméstico que posibilita que la recepción sea llevada a cabo en cada país por normas diferentes en naturaleza y rango. Aun en la hipótesis de una coincidencia temporal en los cuatro países, no podemos olvidar que ésta podría desaparecer, viéndonos en tal caso ante la incongruencia de que una misma norma mercosureña tendría una jerarquía distinta dentro del orden normativo del MERCOSUR, en función de un elemento aleatorio interno, algo que atentaría contra una mínima expresión de lógica jurídica.

<sup>9</sup> Es de recordar, como ya lo hemos hecho anteriormente, que el art. 34 del Protocolo de Ouro Preto reconoce que «el MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional». Con todo aun admitida la capacidad del Mercosur para celebrar acuerdos con terceros, los Estados Parte, como recuerda MANGAS MARTÍN, «... conservan plenamente la

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

*cho complementario "ad extra", a modo de, en otras palabras, un Derecho de las relaciones exteriores del MERCOSUR).*

La naturaleza del Derecho complementario sería siempre internacional, pudiendo tener, como vemos, un perfil interno, como sucede en el caso de los acuerdos entre los Estados partes del MERCOSUR, u otro externo, representado mediante tratados que podrían ser constituidos de acuerdo a los sujetos internacionales que participen, siendo que entre ellos deberían participar algún sujeto no participante del MERCOSUR.

Respecto del nivel jerárquico de este Derecho Complementario dentro de las fuentes del MERCOSUR, entendemos que éste se encuentra en un lugar subordinado al Derecho originario. Inferior al Derecho originario por su propia subordinación al Tratado de Asunción. El sería prevalente ante el Derecho Derivado, en el supuesto de la existencia de una cláusula de subordinación al Tratado de Asunción, cláusula que bien pudiera presumirse con carácter tácito, en atención a su objetivo de naturaleza regional, en cualquier acuerdo *celebrado en el marco* del Tratado de Asunción y sus protocolos.

### **c) El Derecho derivado: tipos de normas**

A la luz de todo lo visto, estimamos que resulta meritorio que las normas contenidas en el aptdo. I del art. 41 del P.O.P. constituirían el *Derecho originario*<sup>10</sup>, es decir el Tratado de Asunción, sus

---

competencia para celebrar acuerdos con no miembros en las materias reguladas con el Mercosur, aunque están obligados a respetar las obligaciones contraídas. Los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* les deberían disuadir a celebrar tratados incompatibles con Mercosur. Pero el Tratado de Asunción explicita, además, la obligación de los Estados Partes de evitar afectar los objetivos del Mercosur cuando pacten con terceros o los intereses de los demás miembros; habrán de celebrar consultas si negocian esquemas amplios de desgravación arancelaria tendentes a formar zonas de libre comercio y extenderán esas ventajas a los demás Estados Partes. Si se celebrasen acuerdos con terceros, entonces la eventual infracción podría suscitar una controversia a resolver conforme al Protocolo de Brasilia, anexo al Tratado de Asunción (MANGAS MARTÍN, A.: «Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, VII, 1996-1997, p.101). Como vemos, cualquier Tratado celebrado por un Estado Parte deberá respetar, cuando menos, el principio de *no contradicción* con el T.A (ver art. 8 del T.A.).

<sup>10</sup> Debemos hacer referencia aquí a un hecho no exento de relevancia jurídica. El art. 53 del P.O.P. establece: «Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, que estén

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

protocolos y los instrumentos adicionales. Las contenidas en el apdo. II, el *Derecho complementario ad intra y ad extra*, es decir los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos. Las recogidas en el apdo. III recogerían el *Derecho derivado*: “Las Decisiones del Consejo, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”. Resulta obvio que antes de la entrada en vigor no era posible la adopción de ningún tipo de medida por los órganos salvo que se hubiese pensado en una aplicación provisional del Tratado, asunto del que, en relación con el Tratado de Asunción, que sepamos nunca llegó a hablarse.

En relación con los tipos de normas de Derecho derivado, nos encontramos con que éste estaría formado, pues, por los siguientes tipos de normas: las Decisiones, las Resoluciones y las Directivas, pudiendo preguntarnos al respecto sobre la existencia o no de algún tipo de rango entre ellas, del cual habría de derivarse, por infracción del principio de la competencia, una nulidad de la norma inferior o, cuando menos, una aplicación preferente de la superior.

### **2. Jerarquía interna**

Habida cuenta de que en cualquier ordenamiento, de integración o interno, debe existir, de forma explícita o implícita, una gradación normativa, si bien en el MERCOSUR no existe ninguna definición expresa sobre cuál es la jerarquía, no por ello podría ser ajeno a tal necesidad.

Si adoptásemos una perspectiva jerárquica de ese conjunto, verificaríamos que las normas del Mercosur ostentan, pues, diferente nivel jerárquico en razón de su naturaleza y función. La cima de la

---

en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición». Susceptible de crítica es esta solución para MAROTTA RANGEL, V.: «Solução de controvérsias após Ouro Preto», *Contratos Internacionais e Direito Económico no MERCOSUL*, Coord. P. BORBA CASELLA, São Paulo, 1996, pp. 693-694; PÉREZ OTERMÍN, aun desde una postura de comprensión de su necesidad política y económica, califica al art. 43 como “un camino reñido con el derecho...” (PÉREZ OTERMÍN, J.: *El Mercado Común del Sur- Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico-Institucionales*, Montevideo 1995, p. 75). En efecto, de algún modo el art. 53 viene a *constitucionalizar* de forma retroactiva las Decisiones del Consejo que hubieran podido tener un contenido contrario al Tratado de Asunción.

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

piramide jurídica del Mercosur está ocupada por el Derecho Originario, seguido del Derecho complementario, el cual en la medida en que podrá ser creado con base en las competencias otorgadas en los textos constitutivos, no podrá contradecirlos en tanto que subordinado al Tratado de Asunción. A continuación se encontraría el Derecho derivado<sup>11</sup>.

Esta subordinación del Derecho complementario al Derecho originario constituiría realmente una característica genuina de aquel Derecho, dado que delante de su ausencia no tendría sentido hablar de un Derecho “complementario”. Estamos ante un Derecho convencional que, pensando en el buen desarrollo del Mercosur, no puede tener un rango igual al del Derecho originario que permitiera la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*<sup>12</sup>. En esas condiciones el MERCOSUR devendría claramente en un muñeco de cartón piedra.

Entendemos asimismo que el Derecho complementario está en una relación de jerarquía con el Derecho derivado debido a que los Estados Partes actuando en la celebración de los acuerdos que constituyen aquel Derecho en el marco del Tratado de Asunción, actúan, valga la redundancia, en el marco de sus competencias nacionales,

<sup>11</sup> A nuestro modo de ver un argumento que podría ayudar en favor de la tesis que venimos sosteniendo vendría dado por el orden en que aparecen recogidas las fuentes normativas del Mercosur en los tres apartados de que se compone el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, sin que por ello lleguemos a ver en la mera distribución por sí sola de bloques normativos que en él se contempla, necesariamente un sentido ordinal que viniera a indicar un orden de preferencia.

<sup>12</sup> PEREZ OTERMÍN: *El Mercado Común del Sur...*, cit., p. 108. En cuanto a llamado *Derecho complementario*, PÉREZ OTERMÍN, en una línea poco reconfortante para el proceso de integración por los peligros que supone un entendimiento igualitario de los Derechos originario y complementario, escribe: «Surge de lo expresado que el denominado derecho complementario... (...) no teniendo su fundamento en los textos constitutivos, no se lo puede considerar subordinado a ellos, aunque la coincidencia de objetivos, determina una necesaria *compatibilidad* entre ambos... Por tanto, aun cuando los Estados Partes actúan en la celebración de dichos convenios en el marco de sus competencias nacionales, no comprendidas expresamente dentro de los textos constitutivos del Mercosur, deberán seguir un criterio de compatibilidad con las normas allí establecidas... En cuanto a la relación del derecho complementario con el derecho derivado, en la medida en que la competencia para la celebración de tales convenios se mantiene en la órbita exclusiva de los Estados Partes, en principio, los órganos del Mercosur no tienen competencia para intervenir, salvo que en dichos convenios se estableciere» (*Ibid.*, pp. 109-110).

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

no transferidas ni expresa ni implícitamente al orden de las actuaciones de las instituciones del MERCOSUR. Las autoridades del MERCOSUR, deberán seguir en el momento de la aprobación de las normas de Derecho derivado un criterio de compatibilidad con las normas de Derecho complementario.

La perspectiva que venimos sosteniendo se ve avalada por el hecho de que con el Derecho complementario podrían ser llevadas a cabo alteraciones indirectas en el Derecho derivado. Por su parte, con el Derecho derivado no procede pretender efectuar cambios en el Derecho complementario, si no queremos incurrir en responsabilidad internacional frente a terceros Estados. El MERCOSUR podría incurrir formalmente en responsabilidad internacional en un supuesto de incompatibilidad entre su Derecho derivado y el Derecho complementario, particularmente en el supuesto de una relación de incompatibilidad con una norma de Derecho complementario *ad extra*, frente a los sujetos no miembros del MERCOSUR que sean parte de los convenios en cuestión conformantes del Derecho complementario.

Ahora bien, así las cosas, podrían, con todo, las instituciones del MERCOSUR, en una línea con todo no acorde al mejor proceder en cuanto a una ortodoxia jurídica, adoptar normas contrarias al Derecho complementario *ad intra*, en atención, en última instancia, a que la responsabilidad *ad intra* exigible por un Estado parte del MERCOSUR frente a una norma de Derecho derivado podría ser objeto de exclusión de la ilicitud, o al menos sería argumentable su exclusión, con base en teoría de los actos propios; carecería, en efecto, de sentido que un Estado parte del MERCOSUR exigiera responsabilidad internacional al MERCOSUR en tal supuesto, si tenemos en cuenta que los actos del MERCOSUR son tomados por unanimidad. No podría, por lo tanto, un Estado reclamar contra la organización por un acto previamente apoyado por el propio Estado. La responsabilidad internacional entre los Estados partes -causantes inmediatos y mediatos, respectivamente, del Derecho complementario y del derivado (formalmente este último adoptado por los órganos del MERCOSUR)- no debería entrar, pues en juego, en el supuesto de la adopción de una norma contraria al Derecho complementario *interno* por un órgano del MERCOSUR. Los Estados partes de este Derecho complementario estarían inhabilitados obviamente para presentar una reclamación internacional contra órganos que, conformados por esos mismos Estados, toman, por lo demás, sus decisiones por unanimidad.

A su vez, dentro la categoría Derecho derivado, podemos hablar de un orden de preferencia o jerarquía determinado -a ser aplicado

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

por los Tribunales arbitrales- determinado por la naturaleza y competencia del órgano que haya dictado cada uno de estos actos, en virtud de cuyo orden serían de aplicación en primer lugar las Decisiones, emanadas del órgano superior del Mercosur, prevaleciendo sobre las Resoluciones dictadas por el órgano ejecutivo, y éstas sobre las Directivas, en la medida en que dentro de la estructura orgánica, la Comisión de Comercio, aparece como un órgano subordinado al Grupo Mercado Común. La jerarquía del Consejo respecto de la Comisión de Comercio, que puede apreciarse dentro del sistema institucional del MERCOSUR, como ya hicimos notar, avala esa tesis.

### **B. Elaboración, incorporación y vigencia simultánea**

La aprobación de la norma por el órgano correspondiente, Decisión-Consejo del Mercado Común, Directiva-Grupo Mercado Común y Directiva-Comisión de Comercio del MERCOSUR, se produce en un marco de colaboración del Grupo con el Consejo y de la Comisión con el Consejo, en el cual las Decisiones de los órganos superiores son formuladas sobre la base de las propuestas formuladas por éstos. Al respecto el art. 14, aptdo. II del Protocolo de Ouro Preto nos dice que “Son funciones y atribuciones del Grupo Mercado Común: Proponer proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común”. Por su parte, el art. 19, aptdo. IV del mismo Protocolo dice que: “A la Comisión de Comercio del MERCOSUR, órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, compete: Analizar la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formular Propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común”. Asimismo, según el aptdo. VII de dicho artículo le corresponde asimismo a la Comisión: “Proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera del MERCOSUR”.

Pero esta colaboración se da también en relación con el Derecho complementario. Así, el art. 8, aptdo. IV del citado Protocolo, indica que: “Son funciones y atribuciones del Consejo del Mercado Común: Negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. Dichas funciones podrán ser delegadas por mandato expreso al Grupo Mercado Común en las condiciones establecidas en el Anexo VII del artículo 14”.

A su vez según el art. 7, aptdo. VII del Protocolo de Ouro Preto, le corresponde al Grupo Mercado Común: “Negociar, con la participación de representantes de todos los Estados Partes, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común y dentro de los límites establecidos en mandatos específicos concedidos con esa finalidad, acuerdos en nombre del Mercosur con terceros países, grupos de

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

países y organismos internacionales. El Grupo Mercado Común, cuando disponga de mandato para tal fin, procederá a la firma de los mencionados acuerdos. El Grupo Mercado Común, cuando sea autorizado por el Consejo del Mercado Común, podrá delegar los referidos poderes a la Comisión de Comercio del MERCOSUR”.

Una vez adoptadas, resultará patente que las normas adoptadas en el marco del MERCOSUR necesitan ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno. Y esta incorporación no va a ser algo que pueda hacerse o no con carácter voluntario. Ello es así porque el Protocolo de Ouro Preto, de forma contraria a como algunos pensaban, contemplaba en su seno la obligatoriedad de la norma mercosureña, cabiendo al respecto por parte de los Estados un deber de incorporar la norma a través de los procedimientos aceptados por ellos<sup>13</sup>. La condición de norma obligatoria, por lo que respecta al Derecho derivado en relación con el cual algunos encontraron en su día algunas dudas respecto de su alcance obligatorio, se halla en el art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, el cual recoge la obligatoriedad de las normas adoptadas por las instituciones decisorias del MERCOSUR: “Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el art. 2º de este Protocolo tendrán carácter obligatorio...”. Recordaremos que el art. 2 citado por el art. 42 indica que: “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR”. La obligatoriedad de las normas adoptadas por las instituciones decisorias aparece recogida asimismo en el art. 9 de dicho Protocolo, el cual dispone que: “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Partes”. En esa línea, el

<sup>13</sup> Para FREELAND LÓPEZ LECUBE, «la norma secundaria sólo precisa ser receptada o incorporada por el Estado miembro cuando exige un desarrollo posterior, es decir, cuando no es clara y precisa o está sujeta a condiciones. Y no necesita de ningún tipo de internalización en caso contrario» (FREELAND LÓPEZ LECUBE: «El derecho penal de la integración europea y las perspectivas de nuestro Mercosur», *MERCOSUL. Seus Efeitos...*, cit., pp. 482-483). Id.: *Manual de Derecho Comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y Mercosur*, cit., pp. 271-275. No nos extenderemos en mostrar nuestro disenso. Sólo diremos que parecemos estar ante una posición de aquellas que trata con cierta ligereza o, a veces, pone a un lado instituciones de Derecho Internacional como la recepción, la aplicabilidad directa, el efecto directo, la ejecutabilidad de los Tratados o, mismo incluso, la responsabilidad internacional, sin cuya congruente atención no es posible la búsqueda de una interpretación sistemática.

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

art. 15 apunta que: “El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes”. Y, finalmente por su parte el art. 20 establece que “La Comisión de Comercio del MERCOSUR se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Partes”.

A la vista de un panorama como éste, habrá de estarse, en cuanto al procedimiento de incorporación a los Estados Parte del MERCOSUR, a lo que digan sus respectivas constituciones. Por otra parte, dichas normas *no son aplicables directamente*, como en el Derecho europeo. Ello es cierto para el Derecho derivado mercosureño, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y para las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR; ello es así como lo fuera para el Derecho originario conformado por el T.A. o sus Protocolos, y lo será también en relación con el nuevo Derecho originario que pudiera ser adoptado. Resulta así porque en el MERCOSUR no estamos ante un mecanismo de incorporación automática de la norma de origen internacional por los cuatro Estados partes sino que estos siguen un sistema de incorporación o recepción especial. Este sistema de recepción especial habrá de ser tomado en consideración también en relación con el Derecho complementario.

Conforme a las reflexiones hasta aquí realizadas, no será arriesgado ciertamente aventurar que el procedimiento de incorporación de las normas aprobadas por el MERCOSUR no está, como tendremos ocasión de ver, exento de complejidad. De entrada señalaremos que para la incorporación del Derecho originario y al Derecho complementario los trámites a seguir serán exclusivamente los referentes a los tratados internacionales de acuerdo con lo recogido en las constituciones respectivas de los Estados partes. Al respecto, las cuatro constituciones dispensan, como hemos avanzado, a las normas internacionales un sistema de incorporación especial, con todo lo que esto supone de trámites complejos y de retraso del plazo de ingreso de las normas dentro de los ordenamientos nacionales. Para la incorporación del Derecho derivado deberá prestarse atención a las cláusulas del Tratado de Asunción referentes a la vigencia simultánea, de las cuales nos ocuparemos luego.

Centrándonos ahora en lo que respecta al Derecho derivado, en la línea avanzada, que: “Una vez aprobada la norma, los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR” (art. 40, i) del Protocolo de Ouro Preto).

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Resulta todavía más patente si cabe la obligación de proceder a la incorporación de las normas aprobadas cuando observamos cómo el art. 38 del Protocolo de Ouro Preto dispone que los Estados Parte se comprometen “a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el art. 2º de este Protocolo”. La no adopción de las correspondientes medidas para la incorporación conduciría a los Estados Parte a incurrir en responsabilidad internacional<sup>14</sup>.

Destacaremos que los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR subrayaron en diversas ocasiones la obligatoriedad de proceder a la incorporación de las normas del MERCOSUR, siendo dignos de destacar al respecto los Laudos Arbitrales IV, V, VII, así como la Aclaración al Laudo VIII<sup>15</sup> y, asimismo, la obligación de proceder a la incorporación de dicha normativa<sup>16</sup>.

La temática de la aplicación de la norma mercosureña presenta toda una serie de problemas previos que han levantado una clara preocupación en torno a la entrada en vigor de dichas normas. Así,

<sup>14</sup> CASALI BAHÍA escribe: “Havería, para o país que deixasse de operar a incorporaçã, apenas sanções de direito internacional, no quadro da responsabilidade internacional” (CASALI BAHÍA, S.J.: “A supranacionalidade no Mercosul”, *Mercosul. Lições*, cit., , pp. 194-195). Entendemos que ello no es sólo así. La no incorporación sería además un caso de *incumplimiento absoluto* que abriría las puertas a la aplicación del Protocolo de Brasilia en su momento y del Protocolo de Olivos al día de hoy por reclamación de otro Estado Parte.

<sup>15</sup> Respectivamente, Controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre “Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, (res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina (Cuarto Laudo), pfs. 71, 114, 115, 116, 117, 118; Controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo” (Quinto Laudo), III. Fundamentos, 3.1. Marco normativo; Controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil sobre “obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. no incorporación de las Resoluciones gmc n° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el Mercosur” (Séptimo Laudo), pfs. 5.5, 7.4. y 7.5; Aclaración del Laudo relativo a la Controversia entre la República del Paraguay a la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del «imesi» (impuesto específico interno) a la comercialización de cigarrillos (Laudo VIII), pfo. 7.7.

<sup>16</sup> Laudo VII, aptdos. 7.1-7.18, 8.1-8.18 y Decisión 1.

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

por lo que respecta a su elaboración y, más en particular, a su entrada en vigor, como se ha dicho: “Un aspecto que no ha pasado ajeno a los estudiosos de la realidad mercosureña son los problemas de sistematización, procesamiento y composición de los más de 260 ámbitos de negociación que se pueden percibir en el MERCOSUR, lo que pone en evidencia la *creciente complejidad del proceso de adopción de disposiciones*. Al igual las propias características institucionales del MERCOSUR hacen que haya dificultades en el acceso y la difusión de información, particularmente por lo que respecta a la certeza de la entrada en vigor de las normas del Derecho derivado”<sup>17</sup>.

La aplicación interna, una vez producida la vigencia, de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR está correlacionada con el principio de la vigencia simultánea recogido en el art. 40 del Protocolo de Ouro Preto, de acuerdo con el cual, con el fin de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes del MERCOSUR de las normas adoptadas por los órganos del MERCOSUR, los Estados Partes deberán seguir el siguiente procedimiento dispuesto en dicho artículo:

“i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur;

ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte;

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

El sistema de vigencia simultánea de las normas del MERCOSUR contemplado en el art. 40 del Protocolo de Ouro Preto depende, pues, de la debida coordinación entre la Secretaría Administrativa y los Estados Partes del MERCOSUR. Los Estados Partes deberán efectuar todo el esfuerzo necesario para la incorporación de las normas mercosureñas a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Los Estados deberán llevar a cabo, pues, todo el esfuerzo nece-

<sup>17</sup> MARTÍNEZ PUÑAL: *El sistema institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad*, cit., p. 391.

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

sario para la incorporación de la norma al ordenamiento jurídico nacional, debiendo procederse a comunicar el pertinente acto a la Secretaría Administrativa.

A pesar de lo que indica el art. 40 respecto de la vigencia simultánea en relación con “las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo” (art. 40 del Protocolo de Ouro Preto), debemos precisar que este artículo -y, por tanto, la vigencia simultánea contemplada en él- no resulta de aplicación respecto del Derecho complementario (art. 41, aptdo. II del Protocolo de Ouro Preto: “Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos”). En este Derecho complementario es frecuente el establecimiento de la entrada en vigor treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación con relación a los dos primeros Estados que lo ratifiquen. En algunos de los textos del Derecho complementario se dispone que “se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma” (p. ej., el art. 33 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa).

Debemos subrayar, en relación con el carácter obligatorio de las normas del MERCOSUR, que se impone también la publicidad de las normas emanadas de los órganos de decisión del MERCOSUR, mediante su inserción en el Boletín Oficial del Mercosur (art. 32, aptdo. II del Tratado de Asunción)<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> La publicidad no se presenta, según ALONSO GARCÍA, como un requisito para la entrada en vigor, la cual se producirá *automáticamente* 30 días después de la comunicación por la Secretaría, de donde deduce que el eventual incumplimiento estatal de llevar a cabo la publicidad «no puede ser objeto de obstáculo para la efectiva aplicación de la norma, ya en vigor en los términos vistos, en el Estado en cuestión» (ALONSO GARCÍA, R.: *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Unión Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, 1997, p. 74). Por una parte, a nuestro juicio, la solución no es tan simple. La falta de publicidad puede originar serios problemas en materia de seguridad jurídica en relación con las obligaciones para los particulares y, aun en relación con su ejercicio, para con los derechos de éstos. Por otra parte, la publicación en el contexto constitucional de algunos de los Estados del MERCOSUR, pensamos especialmente en Brasil, aparece muy conectada con la serie de actos que dan cuerpo a la recepción especial. En definitiva, a pesar de lo que diga el art. 40 citado, muy fácilmente podremos encontrarnos una vez más con el choque entre la norma MERCOSUR y la norma interna, o, en otra dimensión, con el problema de la prevalencia. A nuestro modo de ver, tendría poca viabilidad la vía sugerida por ALONSO GARCÍA, según la cual «La única salida que parece viable

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En un contexto como el que acabamos de exponer se comprende que, en relación con la aplicación de la normativa del MERCOSUR, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, órgano de apoyo operacional como habrá quedado de manifiesto, debe ser informada, en cuanto al aseguramiento del cumplimiento de las normas adoptadas por cada uno de los órganos mencionados, por los Estados partes de “las medidas adoptadas para este fin” (art. 38, pfo. único del Protocolo de Ouro Preto).

Siendo el problema de la incorporación de las normas, como hemos destacado, uno de los nudos gordianos que, sirviendo de manifiesto de la falta de voluntad políticas suficiente para llevar a cabo el proceso de integración, contribuye a frenar el desarrollo del MERCOSUR, Durante los últimos años se ha venido produciendo la adopción de una serie de Decisiones complementarias del sistema de incorporación de normas recogido en el Protocolo de Ouro Preto, tales como la Decisión 23/00 del Consejo del Mercado (XVIII CMC, Buenos Aires, 29/VI/00), Decisión N° 55/00 (XIX CMC, Florianópolis, 14/XII/00), Decisión N° 20/02 (XXIII CMC, Brasilia, 06/XII/02) y la Decisión N° 22/04 (XXVI CMC, Puerto Iguazú, 7/VII/04).

No es nuestro deseo el llevar a cabo un análisis profundo de estas Decisiones. Únicamente queremos destacar sus aspectos más importantes. La Decisión N° 23/00 introdujo algunos cambios<sup>19</sup>, re-

---

sería entender que el Consejo considere como regla, respecto de las comunicaciones de la Secretaría en el contexto del art. 40, la posibilidad que le abre el art. 39 *in fine* de atribuirles publicidad oficial. Y aun así podría reproducirse en el MERCOSUR la polémica habida en el Derecho Comunitario acerca de la posibilidad de aplicación directa de las Directivas en las relaciones *inter privados* -la denominada eficacia horizontal-, polémica centrada en parte en el dato de la falta de su publicidad *obligatoria* en el Diario Oficial comunitario en la versión del Tratado pre-Maastricht» (ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., p. 75).

<sup>19</sup> La Decisión N° 23/00 recoge en el art. 2 que: “Los Estados Partes deberán notificar a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM), de conformidad con el artículo 40 (i) del Protocolo de Ouro Preto, la incorporación de normas del MERCOSUR a sus ordenamientos jurídicos nacionales. La Coordinación Nacional del Grupo Mercado Común de cada Estado Parte será responsable de realizar esta notificación, en la cual deberá indicar la norma MERCOSUR y remitir el texto de la norma nacional que la incorpora”; de acuerdo con el art. 40 del citado Protocolo, el art. 3 dice que: Luego de la incorporación de una norma por todos los Estados Partes, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR deberá notificar el hecho a cada Estado Parte, en cumplimiento del artículo 40 (ii) del Protocolo de Ouro Preto. La fecha a partir de la cual la referida norma entrará en vigencia simultánea es la prevista en el Art. 40 (iii) del

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

gulando también algunos aspectos de los arts. 40 y 42 del Protocolo de Ouro Preto. En cierta medida, el art. 1 de esta Decisión repetía lo recogido en el Protocolo de Ouro Preto, cuando establece que “Conforme a lo dispuesto en el Protocolo de Ouro Preto, las Decisiones, Resoluciones y Directivas son obligatorias para los Estados Partes y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales”.

La novedad de la Decisión 23/00 fue el art. 5, el cual intentó aclarar cuáles serían las normas a incorporar en los ordenamientos nacionales y las que, a su juicio, no precisarían de incorporación. En efecto, el art. 5 disponía:

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

a) los Estados Partes entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR. Este entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente frase: “Esta norma (Directiva, Resolución o Decisión) no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR”. Estas normas entrarán en vigencia a partir de su aprobación.

b) el contenido de la norma ya estuviera contemplado en la legislación nacional del Estado Parte. En este caso la Coordinación Nacional realizará la notificación prevista en el Artículo 40 (i) en los términos del Artículo 2 de esta Resolución, indicando la norma nacional ya existente que incluya el contenido de la norma MERCOSUR en cuestión. Esta comunicación se realizará dentro del plazo previsto para la incorporación de la norma. La SAM comunicará este hecho a los demás Estados Partes.

Dejaremos constancia aquí de que el art. 5, aptdo. 1, podría dar lugar a algún comentario crítico respecto a su congruencia con el Derecho originario. Lo mismo podría ser dicho por lo que respecta a un entendimiento en demasía *lato sensu* que se viene dando en la

---

Protocolo de Ouro Preto. *Vide* PEROTTI: “Algunas precisiones de cuándo resulta necesario incorporar la norma Mercosur”, *Revista de Derecho del Mercosur/Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, N.º 4, Agosto, 2001, pp. 188-195. *Vide* también B. COZENDEY, B.: “O Sistema de Incorporação das Normas do Mercosul à Ordem Jurídica Interna”, *Dimensões da Integração no Mercosul, Cadernos do CEAM*, N.º 7, Ano III, Março, Universidade de Brasília, Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares, 2002, pp. 54-56).

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

práctica en relación con lo que, en sus justos términos, podríamos entender como norma que “trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR” y que, consecuentemente, “no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR”.

El art. 6 de esa misma Decisión 23/00 indica que “Cuando los Estados Partes suscriban instrumentos sujetos a posterior ratificación y depósito, la vigencia se regirá conforme a lo que cada instrumento establezca, observando los principios consagrados en el Derecho Internacional”. Asimismo, el art. 7 que: “En los casos en que las Decisiones, Resoluciones y Directivas incluyan una fecha o plazo para su incorporación, esas cláusulas revisten carácter obligatorio para los Estados Partes y deben ser incorporadas en las fechas o plazos establecidos, a efectos de poder cumplirse con el procedimiento de vigencia simultánea determinado en el Art. 40 del Protocolo de Ouro Preto”. Por su parte, el art. 8: “El GMC incluirá como punto de tratamiento prioritario en la agenda de cada una de sus reuniones ordinarias, el análisis del Cuadro de Incorporación de Protocolos, Decisiones, Resoluciones y Directivas presentado por la SAM. Al tratar este tema cada Delegación deberá informar sobre la situación del trámite de incorporación de aquellas disposiciones aún no incorporadas a su ordenamiento jurídico que así lo requieran”.

El art. 9, cuyo texto sigue, era prometedor en cuanto al alcance del proceso de integración:

1. “Con respecto a la normativa ya aprobada, se establecen las siguientes disposiciones transitorias:

i) Las Coordinaciones Nacionales deberán confirmar o corregir la información disponible en la SAM sobre las incorporaciones realizadas, mediante comunicación formal a dicho órgano antes del 30 de septiembre de 2000, indicando la norma MERCOSUR y la norma nacional que la incorpora.

ii) Los Estados Partes deberán identificar cuáles fueron las normas no incorporadas debido a las circunstancias previstas en el artículo 5 a). La identificación de estas normas se hará en orden cronológico decreciente y será realizada de forma cuatripartita en el ámbito del GMC. La SAM tomará nota de los resultados de ese trabajo con vistas a la actualización de la información que se proporcione en el Cuadro de Incorporación de Protocolos, Decisiones, Resoluciones y Directivas.

iii) Con respecto a la normativa MERCOSUR incorporada por los cuatro Estados Partes hasta la fecha de aprobación de la presen-

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

te Decisión, quedan cumplidas todas las disposiciones del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto”.

La Decisión del Consejo N° 55/00 (XIX CMC, Florianópolis, 14/XII/00), se refiere a la vigencia simultánea de las normas incorporadas por los Estados Partes, teniendo como fundamento el Protocolo de Ouro Preto, la Decisión N° 23/00 del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones N° 8/93 y 23/98 del Grupo Mercado Común. Esta Decisión no mudaría sustancialmente el sistema de vigencia de la normativa del MERCOSUR. Estaríamos ante una manifestación más de la inflación normativa del MERCOSUR, con la cual no se resolverán necesariamente, más bien todo lo contrario, las deficiencias de los mecanismos de incorporación de las normas producidas por el proceso.

La Decisión N° 20/02 sobre el “Perfeccionamiento del Sistema de Incorporación de la Normativa Mercosur al Ordenamiento Jurídico de los Estados Partes” (XXIII CMC-Brasília, 06/XII/02) modifica algunos aspectos de la Decisión 23/00, ocupándose principalmente del plano legislativo de las normas del MERCOSUR propugnando con relación a los aspectos básicos del funcionamiento de la Organización en ese ámbito, la búsqueda del consenso y la institucionalización de las consultas internas, las cuales con toda probabilidad ya se vendrían produciendo en la práctica.

Algún tiempo después sería aprobada la Dec. N° 22/04 que trata de la “Vigencia y aplicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR (XXVI CMC, Puerto Iguazú, 7/VII/04) estableciendo criterios procedimentales para agilizar los procedimientos para la vigencia y la aplicación de las normas MERCOSUR que no necesiten tratamiento legislativo en los Estados Partes. El Anexo de esa Dec. 22/04 titulado “Lineamientos para el procedimiento de entrada en vigor de las Normas MERCOSUR que no requieran tratamiento legislativo” recoge el procedimiento a ser seguido en el proceso de incorporación de la norma mercosureña<sup>20</sup>.

El art. 2 de la Dec. 22/04 indica que: “A partir de la fecha en que los Estados Partes adopten el procedimiento mencionado en el artículo 1°, todas las Normas MERCOSUR deberán incluir la fecha de su entrada en vigor”. Por otro lado, más bien como una excepción al art. 1 de la Decisión, el art. 3 señala que: “Las normas que reglamenten aspectos de organización o funcionamiento del MERCOSUR entrarán en vigencia en la fecha de su aprobación o cuando ellas lo

<sup>20</sup> Anteriormente la Decisión N° 08/03 (XXIV CMC, Asunción, 17/VI/03) regulaba el “Procedimiento para la Derogación de Normas MERCOSUR”, con algunas disposiciones algunas veces confusas y redundantes.

indiquen y no estarán sujetas al procedimiento a que hace referencia el artículo 1º de esta Decisión”<sup>21</sup>.

### **C. Dificultades constitucionales y bases para un entendimiento normativo en el MERCOSUR**

La recepción de la normativa mercosureña se ve dificultada por la presencia de una serie de asimetrías constitucionales existentes en el seno del MERCOSUR en materia de incorporación y rango de los tratados internacionales -y específicamente de las normas mercosureñas-, las cuales se concretarían en las exigencias de una incorporación especial presentes en las constituciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Los problemas se agudizarían de forma particular en el Brasil y el Uruguay, debido al tratamiento de igualdad jerárquica entre el tratado internacional y la ley interna presentes en los sistemas constitucionales de estos dos países, al revés de las de Argentina y Uruguay en las cuales se los contempla con un rango supralegal. A nuestro modo de ver resulta patente que en el asunto del tratamiento de las normas del MERCOSUR por las constituciones de los cuatro Estados partes reside uno de los talones de Aquiles de este proceso de integración.

Tal vez el país que mayores problemas presente al respecto sea Brasil. En lo que concierne a la Constitución federal brasileña, señalaremos que ella es omisa respecto de la relación entre Derecho

<sup>21</sup> La relación entre la intergubernamentalidad y la incorporación es vista por PENA & ROZEMBERG cuando hablan de la vigencia simultánea, en los siguientes términos: “Esta solución, creada ante la naturaleza intergubernamental de los órganos del MERCOSUR, dista mucho de ser satisfactoria. Basta observar que sólo aproximadamente el 45% de la normativa MERCOSUR aprobada está vigente” (PENA, C. y ROZEMBERG, R. “MERCOSUR: una experiencia de desarrollo institucional sustentable”, *Revista de Comercio e Integración*, 20 Marzo, 2005, p. 51). Sobre la “internalización” de la normativa del MERCOSUR por los cuatro Estados partes o por alguno uno de ellos, así como sobre la normativa propia utilizada por cada uno de ellos para llevarla a cabo, *vid.* RIVAS, E.: Adopción e internalización de la normativa comunitaria en el seno del MERCOSUR. Un repaso histórico, *XII Encuentro de Especialistas del MERCOSUR, IV Encuentro Internacional de Derecho de la Integración, Rosario, 9 y 10 de septiembre de 2004*; *asimismo, una evaluación de orden cualitativo sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR, en MARTÍNEZ PUÑAL, A, e DOS SANTOS CARNEIRO: “O futuro do Mercosul: crises econômicas e relações externas”, Política en América Latina, I Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, Ed. M. Alcantara, Salamanca, 2002, pp. 4513-4520.*

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Internacional Público y el Derecho interno, de manera que la jurisprudencia al respecto del Supremo Tribunal Federal desempeño un papel muy relevante. Como ha escrito GARCÍA ÁLVAREZ: “Aquí a questão também nos interessa de perto. A República Federativa do Brasil, por diversas vezes editou regras contrariando o espírito, quando não a própria letra, de tratados internacionais em que figurava como signatário. Em relação ao MERCOSUL também a questão se coloca. Nossas autoridades diplomáticas já foram instadas a se pronunciar na tentativa de explicar “escorregões” legislativos que colidiam com decisões editadas pelos órgãos do MERCOSUL, ou com o próprio Tratado de Assunção”<sup>22</sup>.

A la vista de lo expuesto, quisiéramos subrayar aquí que la permanencia del régimen actual de incorporación de la normativa del MERCOSUR en sus cuatro Estados miembros da lugar a albergar serias interrogantes sobre la viabilidad del sistema en un futuro, sobre todo ante un previsible aumento del número de normas en un marco de progreso hacia la consecución de un mercado común.

Las reformas constitucionales en los cuatro Estados parecen ser necesarias para dar al proceso de integración regional una “visibilidad constitucional” indiscutible que haga desaparecer las trabas existentes en materia de autorización de la participación en procesos de integración de corte más profundo. Al respecto sería necesario introducir en las cuatro constituciones sendos regímenes de incorporación automática de las normas del MERCOSUR y, asimismo, en los casos del Brasil<sup>23</sup> y del Uruguay, a pesar de que tal concepción puede predicarse, como es bien sabido, desde los parámetros del Derecho Internacional, establecer en sus respectivas constituciones un régimen de supralegalidad de los tratados internacionales en relación con las normas internas y, por ende, de una similar supralegalidad de las normas aprobadas en el marco del proceso de integración regional sobre las de índole estatal<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, A.: “Conflito entre normas do Mercosul e Direito Interno”, *Mercosul. Lições do Período de Transitoriedade*, (Coordenação: C. RIBEIRO BASTOS y C. FINKELSTEIN), São Paulo, 1998, p. 31.

<sup>23</sup> Al respecto de la revisión constitucional en Brasil, CANÇADO TRINDADE escribe: “A pesar de tudo o que foi proposto, entendemos que a solução definitiva para o problema da incorporação das normas MERCOSUL ao direito brasileiro passa, necessariamente, pela reforma constitucional. Assim, seria possível admitir a aplicabilidade direta e imediata dessas normas” (CANÇADO TRINDADE O. A. D.: *O MERCOSUL no direito brasileiro: incorporação de normas e segurança jurídica*, Belo Horizonte, 2006, p. 156).

<sup>24</sup> ESTEVA GALLICCHIO, en relación con la oportunidad de una reforma

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En el ámbito del reconocimiento de la delegación de poderes a las organizaciones internacionales y de la posibilidad de la supranacionalidad, éstas son contempladas en las constituciones de la

---

constitucional en el Uruguay: “La no realización de la necesaria reforma constitucional en Uruguay implica una paradójica contradicción entre el discurso casi unánimemente favorable a la integración y la reticencia en procurar una enmienda constitucional que proporcione los instrumentos técnico-jurídicos necesarios y suficientes para la instrumentación del proceso de integración en sus ulteriores etapas. (...) Si en este punto la Constitución uruguaya no es reformada -adviértase que aunque pudo ser considerada modélica en 1966, hoy es la más antigua de las cuatro consideradas-, la omisión determinará que algunos autores sostengan interpretaciones de la Constitución generadoras de imprevisibles consecuencias, como por ejemplo, limitaciones a la soberanía admisibles y transferencias de soberanías interdictas” (ESTEVA GALLICCHIO: “La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes del Mercosur”, *El Mercosur después de Ouro Preto. Aspectos Jurídicos*, cit., p. 50).

La inclusión de la cobertura constitucional en materia de integración ha sido un tema susceptible de interpretaciones diferentes. Así, PEROTTI, se situaría en la órbita de una interpretación permisiva en las cuatro constituciones, tal como puede verificarse en su Tesis Doctoral:

“1. En todos los países miembros del Mercosur tienen regulado en sus textos fundamentales una cláusula de habilitación para la integración económica y social del Estado. Las diferencias más importantes que ellas presentan hacen relación a la estructura propia de cada disposición; específica y detallada en los casos de Argentina y Paraguay, y programática en los de Brasil y Uruguay.

4. En primer lugar, en lo que hace al aspecto institucional de la consulta, esto es la posibilidad de aceptar órganos supranacionales, las argumentaciones constitucionales invocadas como óbices resultan susceptibles de una lectura positiva.

7. En el caso específico de un Tribunal de Justicia de corte supranacional los obstáculos oportunamente reseñados no resultan contundentes si se repara en que, con su constitución, las facultades de los poderes judiciales internos antes que verse afectadas, se amplían significativamente. Al mismo tiempo, lo que sí puede poner en duda la constitucionalidad del proceso de integración es la actitud omisiva de las Partes en establecer un órgano judicial comunitario, en tanto ello provoca una verdadera falta de acceso a la jurisdicción para los particulares. Finalmente, la práctica internacional seguida por los Estados del Mercosur ofrece un argumento adicional cuya importancia no debe ser soslayada.

8. En términos generales, la existencia de las cláusulas de habilitación para la integración económica y social del Estado demuestra que la voluntad del constituyente ha sido permitir tratados internacionales que,

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Argentina y del Paraguay, en las cuales se recoge la delegación de poderes a organismos supranacionales, no existiendo previsión expresa en el caso de los textos constitucionales del Brasil y del Uruguay. Encontramos, pues, además de las asimetrías económicas y geográficas existentes entre los países mercosureños, unas asimetrías constitucionales, a nuestro juicio, poco justificables entre países que declaran trabajar en pro de la integración regional.

En nuestra opinión, la resolución de los problemas normativos del MERCOSUR no pasa por una inflación de sus normas que, más allá de no contribuir a la funcionalidad del sistema y causar una confusión normativa, pone de manifiesto tres realidades que conviene subrayar: las deficiencias del sistema de la vigencia simultánea, la necesidad de reformas constitucionales en los países del MERCOSUR, la necesidad urgente de un órgano judicial y la necesidad de un órgano que pueda exigir de los Estados el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el ámbito del MERCOSUR.

Un proceso de integración de la envergadura del MERCOSUR requiere de un profundo esfuerzo político de las clases dirigentes de

---

a diferencia de aquellos de corte clásico, instituyan órganos supranacionales.

9 Las cuestiones que suscita el segundo interrogante, a saber la viabilidad constitucional de un sistema jurídico comunitario, también pueden ser respondidas de manera permisiva.

10 En efecto, varios elementos confluyen a la hora de fundamentar la afirmación anterior. Inicialmente, debe destacarse que los derechos internos bajo examen, algunos de forma explícita (Argentina y Paraguay) y otros de manera implícita (Brasil y Uruguay), permiten sustentar la superioridad jerárquica de los tratados y actos internacionales sobre las normas legislativas internas que les sucedan o antecedan, así como también la vigencia automática de aquéllos en el seno del derecho nacional y la posibilidad de su invocación por los particulares ante las autoridades estatales, en especial ante los tribunales. Finalmente, cabe enfatizar que:

13 Cada constitución habilita a su turno, a través de los recursos y la interpretación que surgen del ordenamiento jurídico interno, la consolidación del Mercosur mediante la inclusión de órganos supranacionales y la elaboración de un ordenamiento jurídico comunitario.

14 Todos los ordenamientos examinados plantean cuestiones de análisis e interpretación, algunos de una entidad más compleja que la de otros, pero en cualquier caso, ninguna con una trascendencia tal que invalide la afirmación precedente (salvo factores extrajurídicos que por su naturaleza resultan ajenos a esta investigación)".

PEROTTI: *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Estudio sobre los Estados del Mercosur, Montevideo, 2004, pp. 1033-1035.

## MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

sus Estados miembros para hacerlo realidad, de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos en el Tratado de Asunción. Resulta necesario que los Estados asuman la integración del MERCOSUR como algo propio, con todas sus consecuencias jurídicas y políticas, habida cuenta de que el proceso a pesar de su cariz “económico” debería de trascender esta perspectiva para pasar a situarse de forma consciente dentro de un arco multidimensional. Por otra parte, la multiplicidad de los subgrupos, grupos de trabajos, reuniones de ministros del MERCOSUR nos ofrecen, en esa misma línea de conjunción de matices, una idea de la complejidad que envuelve una integración de los distintos perfiles de la economía y de las variables que introducen los intereses de las personas a proteger, todo ello en el marco de un proceso de integración como el mercosureño llamado a desembocar en un mercado común.