

EL MERCOSUR Y LA UNASUR EN LA ENCRUCIJADA

Calogero Pizzolo¹

Resumo: O artigo compara o Mercosul e a Unasul para demonstrar similitudes, diferenças e desafios. Para tanto, utiliza-se de dogmática jurídica internacional e da teoria constitucional. Aponta-se a natureza intergovernamental de ambas, o regionalismo de uma e o sub-regionalismo da outra. Vencer o individualismo e sobreviver à temporalidade são os grandes desafios a serem enfrentados.

Palavras-chave: Mercosul; Unasul; desafios.

1. Consideraciones previas

En adelante nos vamos a referir a dos procesos de integración que se desarrollan dentro de un mismo espacio geográfico: América del Sur. Por una parte, el Mercosur – exponente subregional –, y por la otra, la Unasur – exponente regional. El primero se inició en la década de los noventa del siglo pasado y fue concebido, sobre todo, como un instrumento de integración económica cuyo fin es la creación de un mercado común. El segundo, más reciente² – su tratado constitutivo entro en vigor en 2011 –, fue concebido ya no desde lo económico sino, sobre todo, como un espacio de articulación política entre todos los países de la región que permitiría integrar diversas políticas sectoriales incluidas las económicas.

El Mercosur primero y la Unasur después reproducen la lógica intergubernamental de la integración regional. Manifestada en una discreta organización institucional y en un intrincado ordenamiento jurídico propio, dicha lógica ha colocado a ambos procesos en una encrucijada. Tanto el Mercosur actual, que parece no supe-

¹ Profesor Catedrático de Direito da Integração da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (UBA).

² Heredero de la llamada Comunidad Sudamericana de las Naciones (CSN), que se presentó en el encuentro presidencial de Cusco, Perú, en el año 2004 y que consistía en la realización de las cumbres presidenciales llevadas a cabo en América del Sur (Cumbres Sudamericanas de Presidentes), habiendo tomado su primer impulso con el encuentro de Brasilia del año 2000.

rar una especie de crisis de identidad – concebido como un mercado común en el pasado, todo parece indicar que es aborrecido como tal en el presente – como la Unasur, que se desarrolla preponderantemente como un espacio de consulta ante las recurrentes crisis políticas en la región, no logran avanzar hacia la consolidación de una estructura institucional y un derecho propio que permita garantizar con eficacia el cumplimiento de sus objetivos.

La opción supranacional para ser descartada de cuajo por las capitales suramericanas, al menos hasta el presente, la que cierra cualquier proceso a la posibilidad de atribuir competencias otrora estatales a instituciones de la integración. Dicho en otras palabras, se niegan a un ejercicio común de dichas competencias.

Lejos de lo que podría pensarse, la opción supranacional aparece como una opción cierta en la mayoría de las constituciones suramericanas – en especial en las reformadas en el último tiempo –. Así ocurre con la constitución argentina la cual permite, verificados ciertos requisitos, aprobar tratados de integración que “deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales” (art. 75 inc. 24); la constitución paraguaya que, en condiciones de igualdad con otros Estados, “admite un orden jurídico supranacional” (art. 145); la constitución colombiana que habilita a “crear organismos supranacionales” (art. 227); la constitución venezolana la cual afirma que “la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración” (art. 153); la constitución ecuatoriana que declara “favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional” (art. 424); o bien la constitución boliviana que autoriza la “cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración” (art. 257.II.4).

Probablemente encontremos en el predominio absoluto de la lógica intergubernamental, muchas veces manifestada en un cerrado proteccionismo, gran parte de las razones del actual estancamiento en los hechos de procesos de integración que solo parecen avanzar en el plano retórico. Lo dicho no es fácil de entender en un mundo que encuentra en la constitución de bloques regionales un contrapeso y una respuesta a la globalización. Pero aún más en un presente donde se imponen las sociedades abiertas e integradas por sobre las sociedades cerradas en sí mismas. En este sentido Häberle escribe que, numerosas materias indican que

[...] el Estado constitucional se encuentra en una fase en que depende del Derecho internacional o, si se quiere, en la que el Derecho internacional se halla necesariamente implicado en él, ya que de hecho ha tejido una trama tan compleja de relaciones internacionales que todo ello da pie más que suficiente a pensar que así sea (HÄBERLE, p. 256, 2013).

Lo anterior permite al autor alemán presentar su concepto de *Estado constitucional cooperativo* como categoría para explicar el Estado constitucional del presente. Dicho Estado será pues aquel Estado cuya identidad incluso a nivel internacional se halla dentro de un “complejo tejido de relaciones inter y supranacionales”,

así como en la medida que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia responsabilidad (HÄBERLE, 2013, p. 258). Häberle defiende la idea de que, el Estado constitucional es, desde el punto de vista de la tipología ideal, “el modelo de Estado propio de la sociedad abierta”. La “apertura” que ostenta representa cada vez más una de sus dimensiones, la dimensión internacional, “léase, transnacional”.

Como “contramodelo” al Estado constitucional cooperativo, Häberle señala al Estado “egoísta”, autorreferente, cerrado y replegado sobre sí mismo, agresivo las más de las veces en su actitud preferentemente frente y hacia el exterior (HÄBERLE, 2013, p. 259-260). El Estado constitucional cooperativo, en cambio, es la respuesta interior de los Estados constitucionales democráticos liberales occidentales frente a la transformación existente a nivel de Derecho internacional junto con todos sus desafíos, que conduce finalmente a las formas de cooperación. Se trata, según Häberle, de un cambio constitucional producido “desde afuera” cuando el propio modelo de Estado constitucional se convierte en “dudoso” tanto desde un punto de vista interior como exterior del mismo. Estado constitucional o Estado de Derecho constitucional es también aquel donde las relaciones internacionales están sometidas a influencias recíprocas de modo que lo que se ha dado en llamar “existencia de dos mundos teóricos separados y perfectamente tabicados” se ha vuelto más dudosa, toda vez que ambos son al tiempo objeto y sujeto de las transformaciones. Häberle concluye con una sentencia determinante: “El Estado constitucional abierto o bien solo puede ser cooperativo a largo plazo, o bien dejará de ser constitucional” (HÄBERLE, 2013, p. 262-263).

A continuación analizaremos, dentro de los límites que impone una colaboración como la presente, las dos manifestaciones principales de la lógica intergubernamental en la integración regional: el tratado fundacional y la estructura institucional que éste crea, por un lado, y las características del derecho derivado que se produce, por el otro.

2. Los tratados fundacionales del Mercosur y Unasur. La cooperación intergubernamental

El Mercosur actual es un proceso de integración regional dominado por el derecho internacional general o, lo que es lo mismo, el derecho de la integración en tanto rama jurídica de aquél. Ello surge con claridad si analizamos la naturaleza jurídica del Tratado de Asunción (en adelante TA) el cual constituye su tratado fundacional.

La entrada en vigencia del TA, conforme a su artículo 19, se produciría “treinta días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación”. Así, dicho Tratado entró en vigencia el 29 de noviembre de 1991. El TA está estructurado sobre

un “texto principal”³ (el Tratado en sentido estricto) y “cinco anexos”⁴. El objeto o finalidad perseguida, de acuerdo al artículo 1 (TA), es la creación de un mercado común entre los Estados Partes, “el cual deberá estar conformado el 31 de diciembre de 1994”.

Ekmekdjian sostiene que el TA es uno de los “acuerdos parciales de integración económica” regulados en los capítulos II y IV del Tratado de Montevideo (1980, en adelante TM) mediante el cual se crea la Asociación Latinoamericana de Integración (en adelante Aladi) (EKMEKDJIAN, 1996, p. 206). Funda su afirmación en el artículo 8 (TA) (EKMEKDJIAN, 1996, p. 209)⁵. En el mismo sentido Gros Espiell (1991, p. 6) al afirmar que el TA adelanta y ahonda el proceso de integración que resulta del TM; agregando que hay, por tanto, coincidencia de objetivos y plena compatibilidad entre ambos tratados (GROS ESPIELL, 1991, p. 16). Y en otra obra dice:

Estos nucleamientos subregionales [en referencia al Pacto Andino y al Mercosur] no son incompatibles con ALADI. Por el contrario son la demostración de la verdad de los principios en que se funda el Tratado de Montevideo y de la vitalidad, subsistencia y actualidad de los objetivos que fija (GROS ESPIELL, 1991, p. 17).

Magariños sostiene que el TA confirma implícitamente el objeto del TM y debería encuadrarse en el marco normativo que rige el proceso mayor de la Aladi, de la cual son miembros sus Estados partes (MAGARIÑOS, 1991, p. 56). El citado autor llama la atención sobre algunas incompatibilidades del TA y la Aladi⁶. Como “incompatibilidades formales”, se cita la ausencia de una disposición tendiente a la convergencia con los otros acuerdos parciales suscritos en el marco de la Asociación y con la cláusula de adhesión, que además de ser limitativa – afirma – es discriminatoria. Como “incompatibilidad sustancial” se señala la omisión en el TA de normas expresas, como lo exige el TM, sobre los tratamientos diferenciales a otorgarse en función del diferente grado de desarrollo de los países. El Mercosur – sentencia Magariños – no sólo no contempla este principio sino que contrapone al mismo explícitamente el de la reciprocidad plena de los derechos y obligaciones entre los Estados partes.

El Preámbulo del TA hace referencia expresa a la cuestión que tratamos, al afirmar que:

[...] el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980; [...].

³ El “texto principal” está compuesto de un Preámbulo y seis capítulos, en los cuales se trata: “Propósitos, principios e instrumentos”, “Estructura orgánica”, “Vigilancia”, “Adhesión”, “Denuncia” y “Principios generales”.

⁴ En la actualidad, los Anexos carecen de interés por cuanto han sido sustituidos por normas posteriores.

⁵ El citado artículo 8 (TA) en su parte pertinente afirma que: “Los Estados Partes se comprometen a preservar los compromisos asumidos hasta la fecha de la celebración del presente Tratado, inclusive los acuerdos firmados en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Integración [...]”. Ekmekdjian agrega que: “Si bien la redacción del párrafo transcrito no es demasiado clara, es obvio que si los Estados miembros del Mercosur asumen los acuerdos firmados en el ámbito de la ALADI, el primero que deben mantener es el del propio tratado de Montevideo de 1980, de creación de la entidad” (EKMEKDJIAN, 1996, p. 209).

⁶ Así refiere que “estos inconvenientes jurídicos podrían ser superados si se agregase una cláusula y se modificase la otra en el texto del Acuerdo Parcial cuatripartito que debe presentarse en la Aladi, imitando en este último caso el procedimiento adoptado por Argentina y Brasil ante similar dificultad”.

A su vez, el Preámbulo del citado TM afirma – de modo concordante – la disposición de las partes de:

[...] impulsar el desarrollo de vínculos de solidaridad y cooperación con otros países y áreas de integración de América Latina a fin de promover un proceso convergente que conduzca al establecimiento de un mercado común regional.

Establecido el *vínculo* indicado entre el Mercosur y la Aladi cabe preguntarse qué sucede con la *cláusula de la nación más favorecida* estipulada en el artículo 44 (TM, 1980). Dicho artículo sólo exime de la aplicación irrestricta de la citada cláusula a los Acuerdos que se encuadren en el propio Tratado o en el Acuerdo de Cartagena. En consecuencia, las concesiones emergentes del programa de liberación tendrían que extenderse automáticamente e incondicionalmente a los demás miembros de la Aladi. En este punto, coincidimos con Gros Espiell (GROS ESPIELL, 1991, p. 15): para que el régimen especial creado entre las partes por el TA no se extienda automáticamente a todas las demás partes del TM, es necesario concebir a aquél como un Acuerdo de Alcance Parcial (art. 7, TM 1980) y actuar en consecuencia.

Por otro lado, el TA ha sido calificado como un *tratado marco*.⁷ Según Magariños esta denominación se utiliza para definir una nueva modalidad o figura que se distingue de los tipos clásicos de tratados del derecho internacional (MAGARIÑOS, 1991, p. 53). Esto es de los *tratados-contratos* que detallan los compromisos contraídos por los Estados mediante disposiciones jurídicas precisas y cláusulas preceptivas, o bien de los llamados *tratados-ley* que establecen reglas generales y objetivas y tienen, por lo tanto, carácter normativo.

Gamio sostiene que existe un acuerdo bastante general en el sentido de que el TA consiste en lo que se conoce como tratado marco, es decir, un acuerdo general, muy breve, cuyo desarrollo quedará librado a las resoluciones que dicten sus órganos (GAMIO, 1994). Abreu, por su parte, mantiene que el TA no debe considerarse como un tratado final constitutivo del Mercosur, sino como el instrumento de carácter internacional destinado a hacer posible su concreción (ABREU, 1991, p. 47). En doctrina, este tipo de acuerdos internacionales se denomina acuerdos-marcos, pues sólo contienen un conjunto de directivas generales, las que deben ulteriormente ser desarrolladas y concretadas por convenios especiales⁸. Magariños agrega que

⁷ En el Mensaje y Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo uruguayo a la Asamblea General de dicho país el 1 de abril de 1991 (cfr. a los arts. 85, inc. 7 y 168, inc. 20, constitución uruguayo), se expresa en el capítulo III que “diversas posiciones y soluciones no pudieron recogerse en el Tratado y sus Anexos porque no fueron compartidas por otras delegaciones o por el carácter de “tratado marco” que tiene el régimen jurídico adoptado”. Mas adelante en el capítulo V continua: “Estamos ante un “tratado marco” que consta solo de veinticuatro artículos, en el que se establecen los mecanismos y parámetros esenciales para la formación del mercado común [...]”. Y finalmente se agrega: “Importa señalar que una concepción diferente de la de un tratado marco es totalmente inviable en las actuales circunstancias [...]” (Véase *Revista Diplomática*, Nr. 10/1991, Instituto Artigas del Servicio Exterior-Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, Montevideo).

⁸ El mismo autor uruguayo prosigue afirmando que: “El Tratado de Asunción es un tratado marco que va incluso más allá de esa figura, y que cumple con la función simultánea de definir un marco general de relaciones, y de instrumentar, para un determinado lapso alguna de ellas en los Anexos. Desde una óptica jurídica, estaríamos en presencia de un esquema normativo que fluctúa entre un “derecho directivo” que establece bases jurídicas generales, de carácter definitivo, para un determinado programa de integración (Capítulo I del Tratado), y un “derecho operativo” contruidos por una serie de compromisos jurídicos concretos, de carácter transitorio, constituidos básicamente por los Anexos”.

cuando obvian el detalle, tienen escasas normas obligatorias y sus textos contienen básicamente enunciados programáticos, principios genéricos no desarrollados minuciosamente y orientaciones sobre políticas a seguir, se ha generalizado la costumbre de denominarlos tratados-marco (MAGARIÑOS, 1991, p. 53).

Para Pérez Otermin la definición de la palabra que lo domina resulta que la esencia de tal tipo de acuerdos debe centrarse en la noción de falta de sustancia, de materia, siendo en consecuencia su contenido mera forma. Es decir que el acuerdo contendrá el armazón, los medios mediante los cuales por actos posteriores se llegará a la sustancia (PÉREZ OTERMIN, 1995, p. 15). El mismo autor uruguayo propone la siguiente definición de acuerdos-marco:

[...] aquellos acuerdos en los cuales se establecen orientaciones, principios, enunciados programáticos, u objetivos precisos, los cuales las partes se comprometen a lograr mediante acuerdos posteriores utilizando la estructura o siguiendo los mecanismos allí establecidos" (Pérez Otermin, 1995, p. 16).

Sin embargo, Pérez Otermin finaliza su análisis negando que el TA se encuentre dentro de la categoría de acuerdo-marco (PÉREZ OTERMIN, 1995, p. 17).

El TA nace, fundamentalmente, en su contenido estructural, como un tratado transitorio. Tal transitoriedad está repetidamente determinada en su articulado, principalmente en su artículo 18:

Antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones".⁹

Al respecto Gros Espiell refiere que hubiera sido absurdo – un error imperdonable – haber intentado en el momento que se negoció, en esta etapa tan especial, tratar de elaborar un tratado minucioso, completo, pensado como definitivo (GROS ESPIELL, 1991, p. 4). Era preciso hacer algo simple, esquemático, en cierta forma provisional, para adaptarlo luego a los resultados. Lo que se negoció y se hizo fue una base para poder pensar luego mejor la fórmula jurídica e internacional final en función de lo acaecido en el período – ineludible e imprescriptible- de transición. Puede decirse – concluye quien fuera canciller uruguayo y firmante como tal del tratado que estudiamos – que el TA es un tratado "provisorio o preliminar" (GROS ESPIELL, 1991, p. 7). Magariños por su lado afirma sobre el TA que, más fuerte que

⁹ Igualmente se refieren a la transitoriedad el artículo 3: "Durante el período de transición, que se extenderá desde la entrada en vigor del presente Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados Partes adoptan un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia, que constan como Anexos II, III y IV al presente Tratado" y el artículo 14, in fine: "Al elaborar y proponer medidas concretas en el desarrollo de sus trabajos, hasta el 31 de diciembre de 1994, el Grupo Mercado Común podrá convocar, cuando así lo juzgue conveniente, a representantes de otros organismos de la Administración Pública y del sector privado". Así como el numeral 3) del Anexo III: "Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común".

su configuración de marco, es la connotación provisional (MAGARIÑOS, 1991, p. 54). Es un tratado *para* la constitución de un mercado común y no *uno* constitutivo de un mercado común.

A la luz de lo expuesto no resulta adecuado, pues, el texto del artículo 19 (TA, 1991) según el cual el tratado tendrá duración *indefinida*. No sólo la estructura institucional, sino también lo concerniente al programa de liberación, cuyas disposiciones caducaron con el fin del período de transición, así como la caracterización de los principales instrumentos para la constitución del mercado común (art. 5, TA, 1991) y las normas que rigieron las relaciones comerciales externas con los diferentes grupos de terceros países (art. 8, TA, 1991), tuvieron explícitamente validez restringida temporalmente al desarrollo de la etapa preparatoria. En el TA, escribe Magariños, lo definitivo no es el propio instrumento, en esencia provisional, sino la decisión política de establecer un mercado común de “duración indefinida” (MAGARIÑOS, 1991, p. 54).

La Unasur, por su parte, se encuentra en el mismo laberinto intergubernamental que el Mercosur. Si bien desde su tratado fundacional – el Tratado de Brasilia firmado el 23 de mayo de 2008 que entro en vigencia el 11 de marzo de 2011 (en adelante TB) – el fin de la integración propuesta va más allá de la constitución de un mercado común – expresión ausente aquí – afirmando como objetivo:

[...] construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados” (art. 2, TB 2008)[...]

el método de integración sigue siendo la cooperación intergubernamental. Fernández Reyes en su lectura del citado artículo comenta que el énfasis se encuentra en la creación de un “espacio político”, es decir la creación de un ámbito de unión o sea de coordinación en lo político entre sus pueblos “a través de los gobiernos”, otorgando prioridad al diálogo político (FERNÁNDEZ REYES, 2013, tomo I, pág. 287).

El carácter intergubernamental de la Unasur queda expuesto claramente al desarrollar el TB su estructura institucional. Así se afirma que los órganos de Unasur son: 1. El Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno – órgano de mayor jerarquía; 2. El Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; 3. El Consejo de Delegadas y Delegados; 4. La Secretaría General (art. 6, TB). Respecto a este último, el TB sostiene que, durante el ejercicio de sus funciones, el Secretario General y los funcionarios de la Secretaría “tendrán dedicación exclusiva, no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún Gobierno, ni entidad ajena a Unasur, y se abstendrán de actuar en forma incompatible con su condición de funcionarios internacionales responsables únicamente ante esta organización internacional” (art. 10, TB). Este reclamo de independencia funcional que hace el TB podría, en el futuro, abrir una

puerta hacia la supranacionalidad de este órgano de la Unasur. Aunque las expectativas en este sentido se diluyen al leer en el Reglamento General de la Unasur que:

La Secretaría General preservará y profundizará la dimensión política de UNASUR y atenderá de manera prioritaria y permanente todas aquellas gestiones que emanen de la voluntad política del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, conducentes a fortalecer el diálogo y el legado de concertación política adquirido (art. 17).

Como vemos la naturaleza intergubernamental se manifiesta fuertemente. De acuerdo con el derecho internacional clásico, los Estados y demás miembros de la comunidad internacional recurren a la *cooperación intergubernamental* para enfrentar o evitar los problemas comunes. Esta forma de las relaciones internacionales se basa en la *colaboración o coordinación* entre los Estados, donde *no se imponen decisiones por el voto de la mayoría* sino que todo se hace a través de acuerdos, a ser cumplidos en forma voluntaria por los países involucrados.

Conforme a esta cooperación intergubernamental, los Estados aceptan realizar una acción o abstenerse de ella a cambio de hacer u omitir algo similar o de semejante importancia por parte del otro u otros miembros involucrados en el acuerdo. Es por lo que en la cooperación uno de los principios más importantes que rige su funcionamiento como forma de entendimiento internacional es el de la *reciprocidad* (ausente en el tipo supranacional). En los convenios de cooperación intergubernamental no hay *autoridades superiores* que decidan por los Estados firmantes del acuerdo, ya sea éste bilateral o multilateral, que están en igualdad de condiciones en virtud de que cada uno está en ejercicio de su propia autonomía, independencia y soberanía.

La cooperación intergubernamental puede tener distintos grados o intensidades, de acuerdo con las técnicas que se utilicen. Puede ir desde un tratado entre dos países, que es la *cooperación bilateral*, sin la creación de ninguna organización de carácter permanente, la cual sería la mínima forma para considerar su existencia; hasta los acuerdos multilaterales, llamada *cooperación multilateral*, que pueden dar lugar a la creación de instituciones internacionales. En estas últimas, se procede a la constitución de una nueva persona jurídica o una estructura sin personalidad jurídica, que, en cualquier caso, no estará por encima de sus miembros.

Dentro de las técnicas que se utilizan en la cooperación internacional – llamadas precisamente intergubernamentales porque se trata de formas de actuación entre los Estados miembros a través de sus gobiernos, en las que éstos actúan en su propio interés y representación, y no en interés de la organización internacional o como parte de ésta –, las más importantes son las que se utilizan para la *adopción de decisiones*. Entre éstas destaca la *regla de la unanimidad*, que tiene como principal inconveniente que cada Estado miembro goza de un *derecho a veto*, lo que puede hacer muy difícil la adopción de resoluciones. Esta es la técnica intergubernamental por excelencia – así como la *regla de la mayoría* lo es en el tipo suprana-

cional –, porque con la negativa de un solo país a suscribir la decisión, ésta no puede adoptarse.

En efecto, siendo el origen histórico de las actuales organizaciones internacionales las Conferencias Internacionales, no es de extrañar que las primeras organizaciones adoptaran el método de adopción de decisiones usado por aquéllas, esto es, la regla de la unanimidad respetuosa de la soberanía de los Estados miembros (INO HEREDIA, 1997, p. 105).

Sin embargo, con la evolución de la cooperación y de las organizaciones internacionales, la exigencia del consentimiento de todos los Estados miembros, propia de la regla de la unanimidad estricta, va a conocer ciertas moderaciones destinadas a reducir su efecto *paralizador*. Una muestra de ello es la evolución, en el ámbito del Mercosur, de la regla de la unanimidad manifestada en la exigencia de consenso para tomar decisiones. En consecuencia, han ido apareciendo distintos métodos destinados a suavizar el carácter riguroso de la regla de la unanimidad y ha sido el objetivo del denominado *método de la disidencia*, según el cual la decisión adoptada sólo es aplicable a aquellos Estados miembros que hayan votado a favor de la misma, de manera que los Estados que votan en contra o se abstienen en la votación se sustraen de su ámbito de aplicación. Igualmente, se ha introducido con los mismos fines la regla de la *abstención constructiva*, según la cual las abstenciones que se produzcan en la adopción de decisiones que requieran unanimidad, no impedirán la producción del acto correspondiente.

La regla de la mayoría, propia del tipo supranacional, significa para algunos, especialmente para los Estados en minoría, una pérdida de parte de la plenitud del ejercicio de sus competencias estatales, aunque no la soberanía misma – indisponible y en cabeza de la población de cada Estado –, ya que reduce las áreas de actuación interna al tener que cumplir decisiones en las que no han estado de acuerdo. Por ello, cuando los Estados consienten en ajustar su comportamiento a decisiones en cuya formulación no ha contado su voluntad positiva y *atribuyen*, además, a una institución permanente el ejercicio de competencias estatales cuyos órganos, o algunos de ellos, tienen un poder de decisión vinculante para sus destinatarios, ya no puede hablarse de cooperación. Es el caso de la supranacionalidad ausente tanto en el Mercosur como la Unasur.

Con todo, respecto a la regla de la unanimidad y a la de mayoría, cabe concluir en que, si bien se trata de formas típicas de adoptar decisiones en los convenios de cooperación internacional y los supranacionales respectivamente, hay que hacer matizaciones. No siempre que se prevé la adopción de decisiones por unanimidad significa que estemos en presencia de un tratado de cooperación internacional, ni siempre que se prevé la aplicación de la regla de la mayoría significa que existe un régimen supranacional. Es posible que, aun tratándose de procesos de este último tipo, se utilice la regla de la unanimidad para ciertas decisiones.

Esta situación ocurre en la Unión Europea (en adelante UE), en la que pese a tratarse de un proceso supranacional, y es indudable que es así, se ha previsto la

utilización de la regla de la unanimidad para adoptar ciertos actos. No obstante, para las decisiones comunitarias más importantes se ha previsto la utilización de la regla de la mayoría, la cual puede ser simple o cualificada. Entonces, coexisten en proceso de integración regional tanto las técnicas supranacionales de adopción de decisiones, típicas de este tipo de procesos, con las técnicas intergubernamentales como la regla de la unanimidad, sin que ello modifique la original naturaleza supranacional de la UE.

Por otro lado, puede darse el caso de que se utilicen técnicas supranacionales en un tratado de cooperación intergubernamental, esto es, en el que no ha habido atribución de competencias nacionales a la organización creada por los Estados miembros, lo cual no significa que por ello nos encontremos ante un proceso supranacional.

También pueden encontrarse, como ya mencionamos, los casos en los que, aunque se prevea la utilización de la regla de la mayoría para la adopción de decisiones, sin embargo se establezca al mismo tiempo que los países que hayan votado en contra o se abstengan en la votación se sustraigan de su ámbito de aplicación. Con ello, además de aligerar la adopción de decisiones, no se afecta la soberanía de esos países.

Como se puede apreciar, siguiendo el criterio del *grado de competencias atribuidas* a las instituciones de la integración regional se puede dar con la naturaleza del tipo de asociación y cooperación donde, ya sabemos, dicha atribución está ausente. Consiguientemente, las instituciones se caracterizan aquí por estar manejadas *directamente* por los Estados mediante la fórmula de coordinación de soberanías nacionales y cuyo fundamento reside en la convicción de la preeminencia de los *intereses nacionales* que se basan en una visión rígida de la soberanía misma. Este tipo de asociación y cooperación se caracteriza entonces por: 1. la primacía del interés nacional de cada uno de los Estados miembros, 2. la existencia de órganos de carácter diplomático, 3. la emisión de resoluciones de carácter predominantemente recomen-datorio o vinculante, únicamente en el caso que sean adoptadas por unanimidad.

Mangas Martín, en un estudio comparativo de las instituciones del Mercosur con la UE, hace referencia a que en el primero de los procesos de integración “no hay cesión de competencias soberanas” a favor de las organizaciones que lo integran. En la UE, escribe la citada autora, “hay una renuncia a ejercer determinados derechos soberanos y se transfiere a un tercer sujeto (las instituciones de la UE) su ejercicio: hay *renuncia traslativa*”. El Mercosur, en cambio, “es una organización internacional clásica que en nada se distingue de los centenares de organización de *cooperación* que han existido y existen desde el siglo XIX” (MANGAS MARTÍN, 1996, p. 6).

3. La producción normativa en el Mercosur y la Unasur. El método indirecto de incorporación de normas y el problema de la asimetría jurídica

El derecho derivado del Mercosur, esto es el derecho originado en sus órganos de producción normativa – Consejo Mercado Común (CMC), Grupo Mercado Común

(GMC) y Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) –, lejos se encuentra de un derecho como el de la UE. En este proceso los Estados Partes atribuyen competencias otrora bajo la órbita estatal a las instituciones europeas que las ejercen desarrollando un derecho supranacional caracterizado por su primacía, incorporación automática y efecto directo.

Las normas jurídicas creadas en el marco del Mercosur, por el contrario, no conocen dicha supranacionalidad – la atribución de competencias como vemos es inexistente – frente a lo cual tenemos un derecho de la integración propio del derecho internacional que deriva directamente de la naturaleza intergubernamental de este proceso de integración.¹⁰ Mangas Martín advierte sobre lo anterior que no debemos confundirnos, ni mucho menos engañarnos, a causa de la utilización – conceptualmente incorrecta y abusiva – por la doctrina y los políticos de los países del Mercosur del término derecho comunitario (hoy derecho de la UE) (MANGAS MARTÍN, 1996, p. 6). La fraseología no puede cambiar ni disimular la realidad afirma la autora española.

La afirmación precedente tiene puntuales consecuencias jurídicas. La más trascendente, en principio, es la *ausencia* tanto de incorporación inmediata como de efecto directo (ARGERICH, 1999; BERTONI, 2002).

Esta ausencia de aplicación inmediata, en opinión de Opertti, permite sostener que

[...] no hay un orden jurídico comunitario (supranacional) en el Mercosur; por lo tanto debe ser internalizado, o mejor, incorporado a cada uno de los Estados Parte. Por lo tanto, no nace el orden jurídico del Mercosur originalmente ni como comunitario ni como interno; es una tercera especie. No nace como un orden jurídico supranacional de aplicación predominante sobre los órdenes jurídicos internos, ni nace como un orden jurídico interno con efecto derogatorio sobre el respectivo y propio orden jurídico, para el caso de que lo tuviere (OPERTTI, 1995, p. 133, 134).

Para Martínez Puñal (2007, p. 237), el derecho derivado en el Mercosur no es aplicable directamente, como en el hoy derecho de la UE. Ello es así porque en el Mercosur “no estamos ante un mecanismo de incorporación automática de la norma de origen internacional por los cuatro Estados partes – hoy cinco – sino que estos siguen un sistema de incorporación o recepción especial”.

No será arriesgado ciertamente aventurar, concluye aquí el citado autor, que el procedimiento de incorporación de las normas aprobadas por el Mercosur no está “exento de complejidad” (MARTÍNEZ PUÑAL, 2007).

Lo anterior lleva a la formación de peligrosas *asimetrías* en la vigencia de las normas jurídicas producto de la integración que empantana todo el proceso.¹¹ El

¹⁰ Resulta útil aquí diferenciar el mecanismo requerido para la puesta en vigencia de un protocolo perteneciente al derecho originario del Mercosur y una norma de derecho derivado; en cuanto al primero, en mérito a su carácter de tratado internacional, será indudablemente una decisión que pertenecerá a cada Estado determinar cuál será el método a seguir.

¹¹ Así la Corte Suprema de Justicia argentina ha rehusado a aplicar normas mercosureñas por no estar vigentes (cfr. *Tora Transporte Limitada c. Expreso Mercurio*, sentencia 24 de junio de 2004).

Protocolo de Ouro Preto (BRASIL, 1996), en adelante POP, que establece la estructura institucional definitiva del Mercosur, dispone que son “obligatorias” para los Estados partes: las Decisiones del CMC (art. 9, POP), las Resoluciones del GMC (art. 15, POP) y las Directivas de la CCM (art. 20, POP). Parte de la doctrina local ha entendido que con ello el régimen establecido pretende ser de *supranacionalidad*, ya que de lo contrario, sus órganos no podrían dictar actos jurídicos obligatorios para los Estados partes (LANDONI SOSA, 1998, p. 2). Pero hay coincidencia en que, aun admitiendo lo anterior, a continuación, en el POP se consagran normas *incompatibles* con la aludida idea de supranacionalidad.¹² Es el caso del artículo 37 (POP) que establece el “consenso” como forma para la toma de decisiones y la necesidad que, para ello, estén presente todos los Estados partes. Esta disposición es francamente incompatible con la idea de supranacionalidad, pues como ya se dijo, una de las notas esenciales de ésta es que los órganos supranacionales puedan adoptar decisiones obligatorias aún para los Estados miembros que se hayan opuesto a la adopción de las mismas.

Pero el golpe más fuerte a la idea de supranacionalidad, lo recibe de los artículos 38, 40 y 42 (POP). Estas normas niegan abiertamente el efecto directo. Así, el artículo 42 (POP) dice:

Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos para la legislación de cada país. (BRASIL, 1996).

Lo primero que se debe tener en cuenta al interpretar esta norma es algo que ya insinuamos: el Mercosur actual no posee ningún órgano con *capacidad* de producción normativa, dentro de su estructura institucional, a la cual desde los Estados partes se le haya *atribuido* competencia alguna. En otros términos, el Mercosur actual presenta un cuadro institucional “descarnadamente intergubernamental”¹³ confirmado por el artículo 3 (POP) (BRASIL, 1996) que sostiene, expresamente, respecto a los órganos mencionados en el artículo 2 (POP) (BRASIL, 1996), su “naturaleza intergubernamental”.

Frente a este panorama parece impropio entender el término “carácter obligatorio” utilizado por el citado artículo 42 (POP) (BRASIL, 1996) como *sinónimo* de aplicabilidad o efecto directo. Ello porque, es demasiado claro, que ninguno de los Estados parte tuvo la intención de desprenderse de alguna competencia y crear así una experiencia similar a la UE o – en menor grado – a la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Es claro porque, además, tanto los textos constitucionales vigentes

¹² El mismo CMC ha declarado, ante la Recomendación 4 de la entonces CPC en la X Reunión del CMC de junio de 1996 (CMC X/Acta n. 1/96), que “la estructura institucional del Mercosur no permite, en la etapa actual del proceso de integración, la generación de normas de vigencia automática, con efecto de aplicación directa”.

¹³ Así lo califica Araceli Mangas Martín quien afirma que en el Mercosur sólo hay omnipresencia de los intereses nacionales de los Estados miembros (Cfr. “Unión Europea y Mercosur (...)” (MANGAS MARTÍN, 1996, pág. 6).

en Brasil como en Uruguay presentan serias dudas sobre la posibilidad de atribuir competencias nacionales a instituciones supranacionales para su ejercicio común.

A pesar que todos los actos emanados del Mercosur son “obligatorios”, no tienen “aplicación inmediata” ni “efecto directo”. En este sentido dichos actos pueden concebirse como actos legales “incompletos”, asimilables (aunque no idénticos) a un acuerdo internacional firmado, pero aún no ratificado. Esto significa que la normativa del Mercosur no comparte la naturaleza del derecho de la UE,

sino que constituyen normas típicas del derecho internacional público. En efecto, en el Mercosur la mayoría de las normas debe ser transpuestas a través de actos legislativos o administrativos domésticos y de acuerdo con los mecanismos y procedimientos establecidos en la legislación local” (BOUZAS; GRATIUS; SOLTZ; SBERRO, 2008, p. 47)

En el Mercosur actual a lo sumo hay una renuncia a ejercer individualmente ciertas competencias derivadas de derechos soberanos, es decir, hay *renuncia abdicativa* sin trasladar a un tercero las competencias ejerciendo los Estados parte con plenitud la soberanía. La *autolimitación* sufrida es la propia de todo tratado internacional clásico (MANGAS MARTIN, 1996, p. 6). La no limitación de la soberanía de los Estados partes está garantizada, por otra parte y como ya se dijo, por el *derecho de veto* que los mismos pueden ejercer, sin limitación alguna, dentro de los órganos del Mercosur (RAMOS, 1998a, p. 2).

Más allá de la autoadjudicación de obligatoriedad de la normativa expedida por los órganos con capacidad decisoria en el Mercosur, en el plano fáctico aquella carece de virtualidad para ser imperativamente impuesta en el interior de los Estados partes, sobre todo, si colisiona con alguna norma del derecho interno. Es que el *derecho derivado* del Mercosur carece de eficacia directa, habiéndose adoptado el *principio de vigencia simultánea* de acuerdo con la previsión del artículo 40 (POP) (ALONSO GARCIA, 1997, p. 74). El sistema previsto en este artículo “produce que la entrada en vigor de esta normativa estará dada por el tiempo mayor que insuma a cualquiera de los Estados miembros incorporar dicha normativa a su derecho interno” (ARGERICH, 1999).

Las consideraciones precedentes fueron compartidas por Tribunal Arbitral Ad Hoc (en adelante TAH) en el *Laudo IV* (2001) al afirmarse que, los órganos del Mercosur con capacidad decisoria:

[...] son definidos por el POP expresamente como de naturaleza intergubernamental (art. 2) lo que excluye de por sí la aplicación directa e inmediata de sus normas en cada uno de los EPM [Estados partes miembros]. Tampoco hay ninguna norma del Mercosur o de los EPM que autorice, pese a la condición de intergubernamental, la aplicación directa de la normativa emanada de los órganos comunes. Este criterio está confirmado por el régimen de incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los EPM, detallado en el artículo 40 del POP al que se halla sujeta esa normativa y sin cuyo cumplimiento no entra en vigencia. Asimismo el propio artículo 42 que reconoce el carácter obligatorio de las normas emitidas por los órganos con capacidad

decisoria hace referencia a la incorporación de esas normas “cuando sea necesario”. Aparte de que la aplicación directa de las normas Mercosur no sería compatible con el régimen constitucional de algunos de los EPM.¹⁴

Respecto al citado principio de vigencia simultánea el mismo TAH afirmó que el régimen resultante, sin embargo, no es incoherente ni contradictorio sino que:

[...] responde al concepto llamado en doctrina “de vigencia simultánea” -por oposición a la aplicación inmediata - en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema por el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del artículo 40. Procedimiento establecido precisamente por no existir aplicación directa y a fin de garantizar la vigencia simultánea, previniendo una situación caótica de incertidumbre jurídica y de aplicación parcial.¹⁵

En el *Laudo VII* (2002) el TAH interviniente ratifica esta línea argumental al sostener que la obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 (POP) “surge como consecuencia de la no aplicación directa en los Estados Partes de la normativa Mercosur, *distinguiendo el Protocolo de Ouro Preto entre las nociones de obligatoriedad y vigencia de las normas que componen el derecho derivado en el Mercosur*”.¹⁶ A lo dicho se agrega:

No obstante la obligatoriedad de la normativa Mercosur desde su perfeccionamiento por el consenso de los Estados Partes, la vigencia de las mismas es postergada hasta la efectiva incorporación de dicha normativa al derecho interno de cada uno de los Estados Partes, en los casos que esto es necesario.¹⁷

Al analizar el TAH si es pertinente examinar si ha existido por parte de la reclamada una violación a la “obligatoriedad de dicha normativa, esto es a las obligaciones de hacer y no hacer que nacen como consecuencia de dicha obligatoriedad”¹⁸, se mantiene frente al argumento de Brasil de que dicha obligación de incorporar es *una obligación sin plazo, y que por lo tanto, los Estado partes no tienen un límite*

¹⁴ Laudo IV: *Laudo del Tribunal Arbitral sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución Nº 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, Brasil – Argentina, Montevideo (Uruguay), 21 de mayo de 2001, punto II-D-3 “Obligatoriedad y vigencia”, párrafo 114.*

¹⁵ Laudo IV: *Laudo del Tribunal Arbitral sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución Nº 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, Brasil – Argentina, Montevideo (Uruguay), 21 de mayo de 2001, punto II-D-3 “Obligatoriedad y vigencia”, párrafo 116.*

¹⁶ Laudo VII: *Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” del Mercosur constituido para entender en la 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 Nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR”, Argentina – Brasil, Asunción (Paraguay), 19 de abril de 2002, punto 7.3.*

¹⁷ *Idem*, punto 7.5. En el caso en cuestión se trataba de la ausencia de incorporación de la normativa MERCOSUR compuesta por las Resoluciones GMC Nr. 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 a la normativa interna de Brasil, no habiéndose cumplido, por lo tanto, con los supuestos requeridos por el artículo 40 (POP) para la vigencia simultánea de dichas normas.

¹⁸ Laudo VII ya citado, punto 7.10. Las Resoluciones del GMC en cuestión databan la primera de 1996.

*temporal para el cumplimiento de la misma*¹⁹, que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, consagrada por la doctrina iusprivatista, no resulta de aplicación en la especie. Brasil, razona el nombrado Tribunal, es un Estado miembro del Mercosur que, a través de sus representantes en el órgano GMC, adoptó las Resoluciones objeto de esta controversia, las cuales está obligado a incorporar. La incorporación de esta normativa al derecho interno brasileño “no depende de un hecho externo al propio Estado obligado ni a la voluntad de un tercero. Son los órganos competentes de la República Federativa del Brasil que, de acuerdo con su legislación interna, tienen el cometido de cumplir con la incorporación de la norma comunitaria”.²⁰ En consecuencia, la conducta debida por Brasil no consiste en “tomar las medidas necesarias para asegurar la vigencia” sino en incorporar internamente la norma acordada. El TAH menciona, a continuación, la existencia de un plazo razonable para que el Estado obligado dé cumplimiento a sus requerimientos internos de procedimiento en conformidad con el artículo 7 de la Decisión CMC Nr. 23/00.²¹ Para el TAH: “No existen en el Derecho obligaciones sin plazo, cuya exigibilidad quede librada a la voluntad del obligado. Esto es evidente tanto en el caso de las obligaciones derivadas de actor internacionales bilaterales como de los multilaterales. La ausencia de previsiones normativas en este sentido, debe colmarse con otras normas o principios jurídicos. Pueden existir lagunas en la norma, mas no existen lagunas en el Derecho”.²²

En opinión del TAH arbitral una actuación acorde con los objetivos de las Resoluciones del GMC involucradas y del propio acuerdo de integración subregional del Mercosur “impone un comportamiento positivo en el sentido de facilitar la vigencia simultánea y puesta en acción de los instrumentos regulatorios aprobados por los Estados Partes”²³. El mismo Tribunal entiende que violenta los principio de *pacta sunt servanda* y razonabilidad, así como la noción intrínseca de obligación jurídica, “la existencia de una obligación carente en absoluto de plazo, y cuyo cumplimiento está por tanto sometido a la voluntad de los Estados Partes”.²⁴ Concluyéndose en que:

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

¹⁹ Brasil presenta además un segundo argumento para justificar la ausencia de incorporación de las Resoluciones del GMC en el derecho interno: afirma que se encuentra dentro de la excepción contenida en el artículo 50 (TM, 1980): “El Tribunal no comparte la tesis de que, en el presente caso, la invocación genérica de la protección de la salud humana, animal y vegetal amparada por el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 pueda exonerar a la República Federativa del Brasil de cumplir con la obligación específica de incorporar a su normativa interna las disposiciones de las Resoluciones GMC bajo análisis. La circunstancia de que los productos fitosanitarios tengan la potencialidad de causar daño a la salud no es argumento suficiente para oponerse a incorporar las normas de registración previamente acordadas en un tiempo razonable” (Laudo VII ya citado, punto 9.3).

²⁰ Laudo VII ya citado, punto 8.2. Como vemos el Laudo arbitral habla de “norma comunitaria” en un sentido impropio para la naturaleza jurídica de dichas normas. La expresión parece utilizarse aquí como sinónimo de las normas que integran a lo que aquí llamamos derecho de la integración: el derecho mercosureño propiamente dicho.

²¹ Laudo VII ya citado, puntos 8.3 y 4.

²² Laudo VII ya citado, punto 8.7.

²³ Laudo VII ya citado, punto 8.13.

²⁴ Laudo VII ya citado, punto 8.15.

de completar el vacío normativo y delimitar el mismo, llenando de contenido el concepto jurídico indeterminado de plazo razonable (...). El concepto jurídico indeterminado de “plazo razonable”, debe ser llenado en cada caso, delimitando el plazo que razonablemente el Estado Parte podría haber insumido en incorporar efectivamente la normativa objeto de la obligación a su derecho interno.²⁵

El TAH concluye que ha transcurrido en exceso el plazo que pudiera considerarse razonable para el cumplimiento de la obligación de incorporar la normativa objeto de estos procedimientos y, que por tanto, “se ha configurado un incumplimiento por parte de la República Federativa del Brasil de la obligación establecida en los artículos 38 y 40 del POP”.²⁶

Las consideraciones citadas ya habían sido insinuadas en el *Laudo V* (2001) donde el TAH interviniente afirmó que “es de principio que la circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que ellas sean ineficaces, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios”.²⁷ Esta perspectiva denominada finalista del proceso de integración fue expuesta por primera vez en ocasión de la primera convocatoria al TAH señalándose entonces en el *Laudo I* (1999) que:

El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido.²⁸

También el Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR) hizo referencia a la obligatoriedad del derecho derivado en el Mercosur. De este modo, en ejercicio de su competencia consultiva dijo:

El derecho de MERCOSUR es un conjunto de normas establecido por voluntad de los Estados, plasmado en fuentes convencionales como los tratados – partiendo del propio TA y del POP, incluyendo otros instrumentos de carácter originario, como lo es también el PO – que forjan la estructura misma del MERCOSUR en la medida que establecen sus normas, delinean los principios, indican los objetivos y los mecanismos fundamentales para alcanzarlos, crean los órganos comunes y determinan su competencia do-

²⁵ Laudo VII ya citado, puntos 8.16 y 17. En el caso en cuestión el Tribunal arbitral entendió como violatorio del plazo razonable el que hubieran transcurrido seis años desde la aprobación por “consenso” de la primera Resolución del GMC.

²⁶ Laudo VII ya citado, punto 8.21.

²⁷ Laudo V: *Laudo del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” de MERCOSUR constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo”, Uruguay – Argentina*, Asunción (Paraguay), 29 de septiembre de 2001, punto 3.1 “Marco normativo”.

²⁸ Laudo I ya citado, párrafo 57.

tando a algunos de capacidad normativa, de cuyo ejercicio surgen las normas denominadas derivadas. Todo ello constituye un cuerpo normativo, de naturaleza especial y de jerarquía diversa, que *se convierte en obligatorio como parte del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte desde su incorporación o internalización, acto del cual derivan derechos y obligaciones.*²⁹

A conclusiones similares ha llegado la doctrina para la cual, una vez adoptadas las normas que integran el derecho derivado del Mercosur, resultará patente que las mismas 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, se razona, porque el POP contempla 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”. Esta condición de norma obligatoria del derecho derivado se halla en el artículo 42 (POP), “el cual recoge la obligatoriedad de las normas adoptadas por las instituciones decisorias del MERCOSUR” (MARTÍNEZ PUÑAL, 2007, p. 236).

¿Qué sentido debe dársele entonces a la expresión “carácter obligatorio” contenida en el nombrado artículo 42 (POP)? En nuestra opinión, dicha prescripción está dirigida a los órganos de gobierno o – tratándose en este caso de sistemas presidencialistas – al Poder Ejecutivo de los Estados partes. Esto es, al ámbito institucional de pertenencia de los funcionarios que integran los organismos internacionales de naturaleza intergubernamental. Son los órganos gubernamentales los que están “obligados”, en la medida que sean competentes, a cumplir con el contenido de las Decisiones (CMC), Resoluciones (GMC) o bien, Directivas (CCM). Esta línea argumental concuerda con la parte siguiente del artículo 42 (POP) ya que, fuera del ámbito de gobierno o del ejecutivo, se hace necesario – y así es reconocido expresamente por el citado artículo- incorporar la norma internacional al derecho interno “mediante los procedimientos previstos para la legislación de cada país”.

Lo anterior, en virtud de que desde los poderes legislativos nacionales – y eventualmente los poderes judiciales – no se han atribuido a los organismos del Mercosur competencia alguna. Concordantemente, en el ya citado artículo 38 (POP), los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas originadas en los referidos órganos del Mercosur.

En igual sentido se ha expresado, en la doctrina brasileña, Olavo Baptista quien distingue dos categorías distintas de normas internacionales sancionadas en el Mercosur:

[...] aquellas que, por tratarse de materia de naturaleza y jerarquía de ley, precisan ser introducidas después de los trámites previstos en el derecho interno y las otras, de naturaleza meramente reglamentarias, incluidas dentro de las atribuciones y compe-

²⁹ TPR, opinión consultiva Nr. 01/2008, ya citada, párrafo 24. Sin resaltar en el original.

tencias del Poder Ejecutivo, las cuales son introducidas en la normativa brasileña por el camino de los decretos y de las resoluciones, en cumplimiento de una obligación internacional incorporada a nuestro derecho. En efecto, el tratado da a esas decisiones un carácter obligatorio, aunque establece, también, que la implementación se hará de la forma prevista por la legislación de los Estados miembros. La obligatoriedad para todos es su implementación. Se trata de la obligación de medios: existiendo antes los mecanismos legislativos que permitan su aplicación inmediata. El Poder Ejecutivo tiene el deber legal y obligatorio derivado del tratado, de cumplirlas inmediatamente, mediante decretos (BAPTISTA, 1996, p. 79).

En el Mercosur estamos todavía, no caben dudas, en el clásico ámbito del derecho internacional general donde las decisiones originadas en las instituciones de la integración – en procesos de asociación y cooperación – deben ser recepcionadas por el derecho interno de todos los Estados integrantes, pasando, entonces, a formar parte de aquél derecho (ACCIOLY, 1998, p. 8; RAMOS, 1998b, p.8).

Hasta 1998, la aplicación práctica de la *obligación de internalizar* se veía relativizada por la inexistencia de plazos definidos. Los mecanismos relativamente laxos establecidos por el POP para mejorar las disciplinas de internalización fueron seguidos por una serie de medidas de carácter esencialmente exhortativo. En julio de 1998 el GMC dispuso “desarrollar los mayores esfuerzos posibles” para internalizar reglas que requerían solamente actos administrativos y exhortó a la entonces CPC a facilitar el tratamiento legislativo de las decisiones que requerían cambios legales.³⁰ El CMC, a su turno, pidió a la nombrada CPC que acelerara los procedimientos legislativos en aquellos casos en que la internalización requería la participación del congreso nacional.

En 2000 se realizó un nuevo intento por cerrar la brecha “acuerdo-implementación” al aprobarse la Decisión CMC Nr. 23/00 por la cual se dispuso la obligación de señalar de manera explícita cuando una norma no requiere de incorporación (ya sea porque se refiere a normas de funcionamiento interno o porque ya existe una norma nacional idéntica). Dicha Decisión también estableció de manera taxativa el carácter obligatorio de los plazos fijados para la incorporación (cuando ese plazo se incluya por consenso en la norma) (BERTONI, 2002).³¹ Este principio fue ratificado por el ya citado *Laudo IV* (2001) donde se estableció que:

A su vez la obligatoriedad de las normas, aunque limitada por la exigencia de vigencia simultánea, no deja de tener contenido. Se trata de una obligación jurídica para cada Estado que se concreta en una obligación de hacer: “adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas

³⁰ GMC, Decisión Nr. 3/99.

³¹ “La vigencia de las normas en el espacio jurídico Mercosur”, ya citado. La autora citada afirma: “Esta decisión dada dentro del proyecto de relanzamiento del Mercosur tiene como objeto agilizar la puesta en marcha de la normativa derivada, por lo cual también exime de la obligación de incorporar, cuando el contenido de la norma MERCOSUR ya estuviera contemplado en la legislación nacional de algún Estado parte”.

emanadas de los órganos del Mercosur” (POP, art. 38) y además, agrega en forma imperativa el artículo 42, “cuando sea necesario, deberán, ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales”. Dada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido. La no incorporación de una norma Mercosur obligatoria puede dar lugar a una controversia bajo el PB por incumplimiento de la adopción de la normativa Mercosur. A su vez, la controversia por la vía del arbitraje puede desembocar eventualmente en la adopción de medidas compensatorias de acuerdo con el artículo 23 del PB. En esta línea, y de conformidad con el principio de buena fe, tampoco deberán los Estados - obligación de no hacer - realizar acciones que por su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada.³²

Lo cual sin embargo no significa, según el Tribunal arbitral, que la norma está vigente y que sus disposiciones son ya aplicables. Mientras ese conjunto de disposiciones no sea incorporado por todos los Estados “no está vigente. La obligatoriedad de las normas en el régimen del Mercosur no supe los requisitos establecidos para su vigencia” y para que ésta se produzca es indispensable que todos los Estados miembros hayan transitado la vía del artículo 40 (POP).³³

La apreciación de cuándo es necesario proceder a la incorporación, concluye el Tribunal arbitral, “queda en definitiva en manos de cada Estado, como es natural en la estructura institucional del Mercosur. La necesidad de incorporar la norma al respectivo ordenamiento y la forma de hacerlo dependerá del correspondiente sistema constitucional cuya interpretación es una potestad de cada Estado no delegada a los órganos del Mercosur o a los demás EPM”.³⁴

Los escasos resultados con las innovaciones referidas llevaron a la aprobación de una nueva Decisión en 2002 por parte del CMC (Decisión Nr. 20/02) que introdujo nuevos cambios en el proceso de internalización de normas. Por un lado, se establece un mecanismo de consulta interna con el objeto de evaluar la conveniencia técnica y jurídica, así como los procedimientos y plazos para su incorporación en los ordenamientos nacionales. En adelante la normativa aprobada deberá precisar los órganos internos de los Estados parte que tienen competencia en la materia regulada y los procedimientos y plazos para asegurar su incorporación. Los proyectos podrán ser adoptados formalmente después que los cuatro Estados comuniquen que están en condiciones de proceder a la incorporación por vía administrativa o de enviarla para la aprobación parlamentaria. De esta manera se procura que las negociaciones tengan en cuenta las restricciones para la internalización con anterioridad a la aprobación normativa.

³² Laudo IV ya citado, párrafo 117.

³³ Laudo IV ya citado, párrafo 118.

³⁴ Laudo IV ya citado, párrafo 119.

Asimismo, se estableció que las normas emanadas de los órganos decisorios del Mercosur aprobadas a partir del 30 de junio de 2003 deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados parte en su texto integral.

Una nueva Decisión del CMC (Nr. 08/03), la cual considera la necesidad de “garantizar una mayor previsibilidad y seguridad jurídica al proceso de incorporación de normas emanadas de los órganos del Mercosur” dispone que, salvo disposición expresa en contrario, “la aprobación de una norma Mercosur que derogue otra norma Mercosur, que a su vez derogaba otra anterior no incorporada por todos los Estados Partes, no hace renacer la obligación de incorporar la más antigua para aquellos países que no lo hubieran hecho. La entrada en vigor de la última norma Mercosur aprobada implicará la derogación de todas las anteriores vinculadas” (art. 1). Sin perjuicio de lo anterior, “mientras una norma que derogue una o más normas anteriores no entre en vigencia de acuerdo con el Artículo 40 del POP, continuarán vigentes las normas anteriores que pretendan derogarse, siempre que hubieren sido incorporadas por los cuatro Estados Partes” (art. 2). Cuando una norma Mercosur tuviere por objeto exclusivo la derogación de una o más normas anteriores que no hubieren sido incorporadas por algún Estado parte, “la norma derogatoria deberá ser incorporada solamente por los Estados Partes que hubieren incorporado la norma anterior que pretende derogarse. Ello deberá ser expresado en el texto de la norma cuyo objeto es derogar una o más normas anteriores, mediante la cláusula de incorporación prevista en el Artículo 12 de la Decisión CMC Nr. 20/02” (art. 3).

La Decisión CMC Nr. 22/04 se inscribe en la misma línea que las anteriores al tratar sobre la “Vigencia y aplicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del Mercosur”. Esta establece 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.

Finalmente, en relación directa con la cuestión que tratamos, el artículo 14.12 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, contempla la intervención de esta institución en el proceso de formación normativa mercosureña a través de dictámenes no vinculantes. Además, se estipula que los Estados partes prevean un “procedimiento preferencial para la consideración de las normas del Mercosur que hayan sido adoptadas de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento”. El plazo máximo previsto para la duración de dicho procedimiento preferencial será de hasta ciento ochenta días corridos, contados a partir del ingreso de la norma al respectivo Parlamento nacional. Si dentro del plazo de ese procedimiento preferencial el Parlamento del Estado Parte rechaza la norma, “ésta deberá ser reenviada al Poder Ejecutivo para que la presente a la reconsideración del órgano correspondiente del Mercosur”.

En lo que hace a la Unasur, con un menor desarrollo normativo hasta la fecha, sigue la tendencia hacia la intergubernamentalidad. El TB señala que las fuentes jurídicas de la Unasur son: 1. El Tratado Constitutivo de Unasur y los demás instrumentos adicionales; 2. Los Acuerdos que celebren los Estados Miembros de Unasur

sobre la base de los instrumentos mencionados en el punto precedente; 3. Las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno; 4. Las Resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; y 5. Las Disposiciones del Consejo de Delegadas y Delegados (art. 11, TB).

A continuación, el TB sentencia que toda la normativa de Unasur “se adoptará por consenso” (art. 12). Las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, las Resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores y las Disposiciones del Consejo de Delegadas y Delegados, se podrán acordar estando presentes al menos tres cuartos de los Estados Miembros. Las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, las Resoluciones del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, que se acuerden sin la presencia de todos los Estados Miembros deberán ser consultadas por el Secretario General a los Estados Miembros ausentes, los que deberán pronunciarse en un plazo máximo de treinta días calendario, luego de haber recibido el documento en el idioma correspondiente. En el caso del Consejo de Delegadas y Delegados, dicho plazo será de quince días. Para finalmente establecer que los

[...] actos normativos emanados de los órganos de UNASUR, serán obligatorios para los Estados Miembros una vez que hayan sido incorporados en el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos, de acuerdo a sus respectivos procedimientos internos.

Como sostiene Fernández Reyes al comentar el transcripción artículo 12 (TB, 2008), de esta manera, “se aleja de toda idea de supranacionalidad” (FERNÁNDEZ REYES, 2013, tomo I, pág. 290).

4. Consideraciones finales

Tanto el Mercosur como la Unasur poseen una clara naturaleza intergubernamental, son expresiones del tipo de asociación y cooperación que apelan al clásico derecho internacional como instrumento jurídico de construcción de la integración. Ambos procesos se encuentran en una encrucijada, sin poder avanzar directamente hacia los objetivos propuestos por sus respectivos tratados fundacionales.

Paradójicamente el estancamiento no es producto de una superposición de competencias, la Unasur es un proceso regional, el Mercosur subregional. Lejos de anularse o estorbarse ambos tienden a complementarse. El primero se consolida como un espacio de articulación política, de consensos regionales en diversas políticas sectoriales como la energética, el segundo fue concebido como un camino hacia la constitución de un mercado común, hacia la integración económica. Los une un futuro común, más y más integración. Seguramente potenciar la integración signifique encontrar una salida a la encrucijada actual. Para ello deberá replantearse la estructura institucional y jurídica de ambos procesos e intentar conjugar la tradición intergubernamental de nuestras tierras con rasgos de supranacionalidad que permitan garantizar cierta independencia frente a las necesidades políticas inmediatas. La

integración suramericana no será la obra de un gobierno o un conjunto de gobiernos, sino el trabajo continuo de muchas generaciones. El mayor desafío del Mercosur y la Unasur es sobrevivir a la temporalidad, y así perdurar en el tiempo. Vencer a la retórica individualista para materializarse en la realidad colectiva.

THE MERCOSUL AND THE UNASUL IN THE CROSSROADS

Abstract: The paper compares Mercosul and Unasul to demonstrate similarities, differences e challenges. With this purpose, constitutional theory as well international legal dogmatics were applied. The intergovernmental nature was pointed in both, the regionalism in one and sub-regionalism in other. Base on this paper, overcoming individualism and surviving temporality are the major challenges to be faced.

Keywords: Mercosul; Unasul, challenges

Referências

- ABREU, S. *MERCOSUR e integración*. Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
- ACCIOLY, E. *Mercosur & Unión Europea. Estructura jurídico-institucional*, Juruá Editora, Curitiba, 1998.
- ALONSO GARCIA, R. *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1997.
- ARGERICH, G. *Situación real de la incorporación y vigencia de la normativa Mercosur*, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 1999-III.
- BAPTISTA, L. O. *Inserção dos Tratados no direito brasileiro*, en *Revista de informação Legislativa*, Nr. 132, Octubre-Diciembre, Brasília, 1996.
- BERTONI, L. *La vigencia de las normas en el espacio jurídico Mercosur*, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2002-II.
- BOUZAS, R.; GRATIUS, S.; SOLTZ, H.; SBERRO, S. *Teoría y práctica de las instituciones y procesos de decisión*. En: "Mercosur y NAFTA: Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos". Madrid: Iberoamericana, 2008.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 1.901, de 9 de maio de 1996. *Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto), de 17 de dezembro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1901.htm>. Acesso em: 10. set. 2016.
- EKMEKDJIAN, M. Á. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
- FERNÁNDEZ REYES, J. E. *Curso de Derecho de la Integración*, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, Montevideo, 2013.
- GAMIO, J. M. *Evaluación del MERCOSUR*, publicación del Instituto Artigas del Servicio Exterior – Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1994.

- GROS ESPIELL, H. *Hacia nuevas formas de cooperación económica en el Cono Sur de América Latina: análisis del Tratado constitutivo del Mercosur*, Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales (CCRI), Santiago de Chile, 1991.
- HÄBERLE, P. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2013.
- INO HEREDIA, J. M. *La estructura y la formación de la voluntad en las organizaciones internacionales*, en *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, décima edición, 1997.
- LANDONI SOSA, A. *La armonización de las normas procesales en el Mercosur*, publicado en Revista "La Ley" de 1 de julio de 1998, Buenos Aires, Año LXII, Nr. 123.
- MAGARIÑOS, G. *Uruguay y en el MERCOSUR*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
- MANGAS MARTÍN, A. *Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política comparada*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1996.
- MARTÍNEZ PUÑAL, A. *En torno a las normas del Mercosur: clasificación y jerarquía, incorporación, vigencia (simultánea) y dificultades constitucionales*, en *Mercosur y Unión Europea - Segundas Jornadas Científicas de EULATIN II (17 y 18 de septiembre de 2007, Sao Paulo - Brasil)*, Lerner Editora srl, 2007.
- OPERTTI, D. *Solución de controversias en el Mercosur. Aspectos de Derecho Internacional Privado*, en *El Mercosur después de Ouro Preto. Aspectos Jurídicos*, Serie Congresos y Conferencias n. 11, UCUDAL, 1995.
- PÉREZ OTERMIN, J. *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídicos-Institucionales*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.
- RAMOS, D. M. *Protección jurídica en el Mercado Común vía la aplicación del Derecho comunitario por los jueces nacionales*, en Revista "El Derecho" de 4 de junio de 1998, Buenos Aires, Año XXXVI, Nr. 9517 (1988a).
- RAMOS, D. M. *Efectos directos para los particulares de las directivas del derecho comunitario europeo: ¿un ejemplo aplicable al Mercosur?*, en *Revista El Derecho* de 21 de agosto de 1998, Buenos Aires, Año XXXVI, Nr. 95698 (1988b).

Recibido: 02.09.16

Aprovado: 14.11.16