

EL MERCADO COMUN DEL SUR: PROBLEMAS JURIDICOS Y ORGANIZATIVOS QUE PLANTEA SU CREACION

SUMARIO: I. El desafío comunitario.—II. La reducción de la soberanía de los Estados por vía de los tratados internacionales.—III. La vigencia del Tratado de Asunción y el orden constitucional.—IV. Las fuentes del derecho comunitario y la creación de normas en el ámbito del MERCOSUR.—V. Las relaciones entre el derecho comunitario y el ordenamiento interno de los Estados: 1. La aplicabilidad inmediata del derecho comunitario. 2. El efecto directo del derecho del Mercado Común. 3. La primacía del derecho comunitario.—VI. Acerca del perfil institucional del Mercado Común del Sur y su perfeccionamiento: a) ¿Hacia una Comunidad? b) El órgano ejecutivo. c) La creación de un Tribunal de Justicia.—VII. Conclusiones sobre una normativa mínima para el MERCOSUR.

I. EL DESAFÍO COMUNITARIO

El Tratado de Asunción, celebrado entre Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, ha puesto en marcha un proceso que parece encaminarse hacia una integración comunitaria de carácter preceptivo superando los esquemas tradicionales basados en la cooperación y asociación que han regido hasta el presente, aunque sin mayor éxito, en esta región de América (v. gr., ALADI).

El proceso de integración iniciado depende de la concurrencia de una serie de circunstancias y condiciones generales (como aquellas que hacen a la estabilidad política y económica) que conforman el basamento de la trascendente obra emprendida por los cuatro países pertenecientes a la llamada Cuenca del Plata, que han decidido constituir un Mercado Común (sin descartar el ulterior ingreso de otros Estados de América del Sur). De algún modo, el propósito de realizar una integración efectiva de las economías regionales de Latinoamérica, con la finalidad de alcanzar el desarrollo económico y social progresivo en esta parte del continente, reconoce su filiación en la concepción solidarista esbozada en el Preámbulo de la Carta de Punta del Este, suscrita en 1961, donde se proclamó la «decisión de asociarse en un esfuerzo común para alcanzar el progreso económico acelerado y la justicia social más amplia para sus pueblos...» (1).

(1) La coincidencia entre dicho objetivo y el párrafo primero del TA con el Preámbulo de la Carta de Punta del Este ha sido subrayada por Jorge A. AJA ESPIL en un artículo titulado *El Tratado de Asunción*, publicado en «El Economista», de Buenos Aires, pág. 21, con fecha 5-4-91.

Por su parte, el Canciller del Uruguay ha destacado que el valor interpretativo del

En la misma línea integracionista, acentuando el objetivo de constituir un Mercado Común Latinoamericano, se encuentra el Tratado de Montevideo de 1980, que sustituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Tiempo después, Argentina y Brasil celebraron, como es sabido, importantes acuerdos de integración en el año 1986, en el marco del Tratado de la ALADI.

Al haberse aprobado por los cuatro parlamentos de los países miembros y ratificarse formalmente por los respectivos gobiernos, el TA comenzará a tener vigencia a fines de noviembre del año 1991, a menos en su faz de organización comunitaria de transición, con el objeto de alcanzar, gradualmente, una integración efectiva al 31 de diciembre de 1994 (2).

No obstante, para afrontar el desafío que plantea el MERCOSUR hay todavía que recorrer un camino considerable, sobre todo en el terreno jurídico, donde la formulación del TA, pese a que implica un importante avance en el plano de la decisión de constituir un Mercado Común, aparece como un instrumento jurídico todavía embrionario e inorgánico, particularmente con respecto al sistema y a la estructura institucional definitiva que conformará el sistema de integración (3).

Preámbulo del TA resulta esencial para la interpretación de los fines del TA, del cual forma parte integrante (cfr. Héctor GROSS ESPIELL, *Mercosur. El Tratado de Asunción*, Montevideo, 1991, pág. 31). Las declaraciones insertas en el Preámbulo configuran principios generales que impiden que la interpretación extensiva de las prescripciones del TA sea efectuada en contra de los fines allí estipulados.

(2) En el Mercado Común Europeo el establecimiento de una fecha para realizar la integración (1992) se ha considerado un mecanismo hábil, desde el punto de vista psicológico, para acelerar el proceso; cfr. Arnold RAINER, *La influencia del Mercado Unico Europeo sobre las competencias de carácter económico de la Federación y de los «Länder» y, en particular, la armonización de las legislaciones técnicas y el reconocimiento mutuo de reglamentación*, en «REDA», núm. 66, Madrid, 1990, págs. 201-202.

(3) Héctor GROSS ESPIELL, *El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea*, en «El Derecho», diario del 25-9-91, pág. 2, afirma que: «Antes del establecimiento, el 31 de diciembre de 1994, del Mercado Común, los Estados Partes deberán convocar una reunión extraordinaria (art. 18). Esta reunión, como consecuencia de que deberá determinar la estructura institucional definitiva, deberá decidir respecto de la naturaleza jurídica del sistema de integración que se conformará. Es decir, establecer si ese Mercado Común constituirá una organización internacional *strictu sensu*, con personalidad jurídica internacional, si se creará un régimen basado en la idea de supranacionalidad, si existirá un Derecho Comunitario y si orgánicamente se establecerá un órgano comunitario, la Comisión en términos análogos a los del Tratado de Roma (arts. 155-163), un Consejo de Ministros, con nuevas competencias respecto del actual (arts. 10, 11 y 12, Tratado de Asunción), que armonicen con las de la Comisión, en términos análogos a los del Tratado de Roma (arts. 145-154). Asimismo, se habrá de decidir si se creará un verdadero sistema jurisdiccional, superando el embrionario, provisorio y parcial previsto actualmente en el anexo III del TA, que responde sólo a las necesidades actuales, para encarnar un verdadero régimen jurisdiccional, que no sólo esté destinado a resolver las controversias entre las partes sino también a asegurar la preeminencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno de los Estados Partes, como lo hace el Tratado de Roma (art. 164). Tendrá, asimismo, que resolverse si la "Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur", cuyo objetivo es "facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común" (art. 24), se transformará en un Parlamento, o en una Asamblea Parlamentaria, que pueda seguir la evolución que sufrió la Asamblea en el Tratado de Roma hasta llegar a ser el Parlamento Europeo (art. 137).»

El perfeccionamiento del TA habrá de requerir, probablemente, la celebración de un Tratado complementario que torne realmente efectivos los propósitos esenciales fijados en el Preámbulo, entre los que se destaca el relativo a la «consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional...» (cfr. considerando 3.º). Para ello deberán superarse algunos prejuicios o preconceptos que están dificultando la tarea inicial que se precisa emprender.

El primero consiste en cierto desdén por el aporte jurídico, en especial el proveniente del derecho comunitario comparado, el cual no configura derecho internacional, sino principalmente derecho interno tanto de la Comunidad como de los países miembros. Sin esa recepción, desde luego que con las adaptaciones del caso, difícilmente el Tratado será operativo, ya que sin órganos comunes ni reglas efectivas y sin tribunales que las apliquen pronto se convertirá en letra muerta o, a lo sumo, en un mero antecedente hacia una futura integración comunitaria.

El segundo argumento es, de algún modo, una derivación del anterior, y consiste en la idea de que antes de organizar las instituciones administrativas comunitarias, dictar las reglas jurídicas y crear un Tribunal Común que resuelva los conflictos, hay que aguardar a que, gradualmente, se vaya operando el proceso de integración económica en los diferentes sectores industriales y comerciales y, sobre todo, se profundice el acuerdo bilateral celebrado con Brasil.

Creemos que el proceso debe ser precisamente el inverso, tal como lo demuestra la propia experiencia del derecho comunitario, donde la obra de los juristas y las instituciones por ellos creadas (4) (con la colaboración por cierto de economistas y técnicos) precedió a la tarea efectiva de la integración económica comunitaria en un proceso que aún hoy no ha terminado de completarse.

Es cierto que el pasaje hacia el establecimiento de un derecho comunitario se encuentra erizado de dificultades y que una de ellas es la que plantea la necesidad de proceder a una reforma constitucional, al menos en nuestro país, como ya lo han sugerido distinguidos constitucionalistas. Sin embargo, aun a costa de realizar un esfuerzo interpretativo de peso —que implica abandonar ciertos principios y dogmas que otrora se suponían inmutables—, pensamos que no será necesario reformar nuestra ley fundamental. Es probable que los argumentos jurídicos que permiten

(4) Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el derecho interno y las Comunidades Europeas*, Madrid, 1986, pág. 19; puntualiza en el Prólogo que «desde que se suscribieron los Tratados de París y Roma, el proceso de integración europea ha avanzado mucho más en sus aspectos jurídicos que en los políticos. Los representantes políticos de los Estados siguen concibiendo la Comunidad como el producto de unos Tratados, con fuerza para vincularlos, desde luego, pero con una capacidad moderada de penetración en las esencias soberanas de su sistema político. Los operadores jurídicos, en cambio, han obrado un milagro: han interpretado los tratados con técnicas constitucionales y deducido de aquéllos los principios que pueden encontrarse en las constituciones de los Estados complejos. Esta fascinante metamorfosis ha permitido perfilar las bases jurídicas de la unión europea, antes de que la voluntad política la hiciera efectiva».

fundar esta conclusión prevalezcan, más que por un convencimiento razonado, por imperio de esa realidad incontenible que caracteriza al proceso de integración comunitaria que se ha emprendido en América del Sur, la que, a su turno, provocará, quizá, la necesidad de armonizar su operatoria dentro del esquema denominado «Iniciativa de las Américas», que bajo el impulso de los Estados Unidos, integran Canadá y México.

Al fin y al cabo, las concepciones doctrinarias, por más arraigadas que se encuentren en el corazón de los juristas o en la sociedad, suelen ser desplazadas por obra de una realidad cuyo curso es dinámico, aun cuando no siempre sean justificados los fines que se persiguen a través de las políticas que orientan los Estados.

No es éste el caso del Mercado Común del Sur que, sin duda, puede convertirse, bien manejado, en un formidable instrumento para el progreso económico de nuestros pueblos que fortalezca nuestro afán de crecer en libertad, aprovechando todas las ventajas que nos brinda la dimensión y magnitud de este nuevo espacio económico común, los recursos naturales disponibles y las capacidades humanas existentes.

II. LA REDUCCIÓN DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS POR VÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Una de las primeras consecuencias que se generan con la instauración de una Comunidad de Estados y de su consecuente ordenamiento comunitario es la referente a la declinación del dogma de la soberanía que ya no reviste aquel carácter absoluto que, respecto del Estado, le atribuía la doctrina clásica del derecho público. El principal efecto de esa reducción del concepto tradicional de soberanía radica en la pérdida, por parte del Estado, del poder exclusivo que antes poseía para la emanación de normas generales aplicables en su territorio, poder que, si bien aparecía limitado y circunscrito por obra de algunos tratados internacionales, nunca antes (del advenimiento de la Comunidad Económica Europea) había tenido por objeto atribuir a una entidad distinta la facultad de emanar reglas de derecho público y privado común que se incorporan directamente como legislación interna de los Estados miembros de la Comunidad, cuyas normas son invocadas por los jueces ordinarios de los Estados para resolver los litigios a que da lugar la interpretación y aplicación del derecho comunitario.

Para explicar este fenómeno suele acudir a la figura de la delegación, no obstante que esta última asume unas características que dificultan su encaje en el mecanismo por el cual se opera la transferencia de facultades de los Estados a la Comunidad. En efecto, la transitoriedad que caracteriza a esta técnica y el poder de controlar el ejercicio de la delegación, incluyendo el de recobrar la competencia, mal se conciben con aquella figura, debiendo apelarse, quizá, a la idea de una cesión parcial de poderes de derecho público con el objeto de crear un orden

jurídico nuevo y distinto del estatal, fundamentalmente basado en el principio de la competencia. El nacimiento de este orden comunitario, atípico e inexplicable por las concepciones políticas del constitucionalismo clásico, precisa para poderse realizar de una manera eficaz de un principio que se ha juzgado existencial (5) en el derecho comunitario europeo: el de la primacía sobre el derecho interno de los Estados, el cual torna posible que: *a)* los jueces declaren la inaplicabilidad de las normas contrarias al derecho comunitario (6), y *b)* que el derecho comunitario se imponga aun a determinadas normas constitucionales de los Estados miembros.

A su vez, en aquellos países de organización federal —como el nuestro—, si bien la creación de un orden comunitario diferente al estatal no produce la extinción del sistema interno de competencias, es susceptible de provocar modificaciones sustanciales en aspectos que hacen al equilibrio de los poderes y a la distribución de las facultades entre la Nación y las Provincias, lo que conlleva la consecuente remodelación y adaptación de las atribuciones locales, particularmente en lo concerniente al poder de policía.

III. LA VIGENCIA DEL TRATADO DE ASUNCIÓN Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Algunos piensan —si bien con una disposición tendente al reconocimiento de una posible interpretación dinámica a favor de la constitucionalidad del Tratado que crea el MERCOSUR— que para dar seguridad jurídica al Tratado se impone la reforma de la Constitución (7). Los argumentos en que se apoya esta postura son básicamente dos: *a)* la existencia de la cláusula de supremacía de la Constitución (art. 31 CN), cuya competencia se alteraría a raíz de transferirse parcialmente la soberanía a un órgano del Tratado a través de una delegación no consentida ni autorizada por la Constitución, y *b)* el precepto contenido en el artículo 27 de la CN según el cual los Tratados que celebre el Gobierno Federal han de ser conformes «con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución».

Por de pronto, el artículo 31, similar al de la Ley Fundamental de Alemania Federal, encuentra sólo sentido y eficacia en el marco de las relaciones entre el Estado Federal y las Provincias o los *Länder*, en el caso de la organización constitucional germánica. En cambio, el TA, en el supuesto de perfeccionarse normativamente, implicará la institución

(5) Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Lieja, 1973, pág. 227.

(6) Santiago MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pág. 32.

(7) Jorge Reinaldo VANOSSI, al exponer en el Seminario Internacional sobre el Derecho de la Integración, que organizaron la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Universidad Austral, durante los días 28, 29 y 30 de agosto de 1991, en Buenos Aires. La opinión contraria fue sostenida en dicha oportunidad por el doctor Antonio BOGGIANO.

de un orden jurídico distinto y nuevo, explicable por el principio de la competencia. De otra parte, una vez que el Tratado ha sido objeto de aprobación y ratificación en debida forma, los Estados signatarios no pueden prevalerse de las disposiciones del derecho interno para negar su vigencia ni para desconocer o subordinar su aplicación a otros actos formales posteriores. Así lo prescribe la Convención de Viena sobre los Tratados (arts. 26 y 27), aprobada por nuestro país mediante la Ley número 19865.

Por lo demás, el artículo 31 de la CN sólo consagra la categorización de los Tratados como «ley suprema» frente a las normas provinciales sin aludir a una relación entre las fuentes allí mencionadas, menos aún cuando el nuevo orden jurídico comunitario constituye un supuesto no previsto ni contemplado expresamente por los constituyentes.

Para resolver esta cuestión interpretativa, tampoco puede esgrimirse el argumento basado en el artículo 27 de la CN pues, como es sabido, el sentido histórico que se le atribuyó en la fuente (8) a esta cláusula da pie para interpretar que la expresión «principios de derecho público» de la Constitución se refiere a los principios y garantías de libertad, igualdad, propiedad, etc., reconocidos a los extranjeros en dicha ley fundamental.

En fin, si Argentina ha reducido parcialmente su soberanía en otros Tratados internacionales como el de San José de Costa Rica que, inclusive, crean una jurisdicción internacional sin que se hubiera cuestionado entonces su constitucionalidad, la que ha sido admitida por el poder judicial al aplicar las disposiciones del referido Tratado, la interpretación que se deja expuesta implica aceptar la vigencia de una costumbre constitucional no opuesta a la Carta Magna, que permite sustentar, aparte de otras interpretaciones, la validez del TA.

IV. LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CREACIÓN DE NORMAS EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

Antes de pasar al análisis de los caracteres del derecho comunitario y sus relaciones con el derecho interno interesa poner previamente de relieve que aquél se nutre de diferentes fuentes de producción normativa.

La primera de esas fuentes se halla constituida, sin duda, por los Tratados (9), tanto el constitutivo como los que lo complementen, los cuales, una vez ratificados, vienen a conformar una especie de ley fundamental de la Comunidad que se encuentra por encima del derecho que emana de los órganos de ésta.

(8) Proyecto de Constitución para la Nación Argentina de Juan Bautista ALBERDI, artículo 35; cfr. Helio Juan ZARINI, *Análisis de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1988, págs. 136-137, quien destaca el sentido que ALBERDI le adjudicaba al citado precepto.

(9) Sobre los Tratados como fuente del derecho administrativo argentino, véase Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, 1990, págs. 271 y ss.

Aunque esta jerarquía que posee el derecho originario sobre el derecho derivado no se haya consagrado en forma expresa es evidente que el acatamiento al estatuto fundamental, especialmente de los fines en él contenidos, conforma un principio general de toda institución jurídica, la cual, una vez creada, ha de observar su ley de creación. Por lo demás, el propio TA, cuando atribuye competencia al Consejo, como órgano superior del Mercado Común del Sur, prescribe, claramente, que las facultades que se le disciernen, relacionadas con la conducción política y la toma de decisiones, lo son «para asegurar los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del Mercado Común» (artículo 10). Se configuran así entonces dos clases de derechos para regir la integración: el de transición y el definitivo, pero en ambos casos siempre el derecho originario prevalece sobre el derecho derivado.

La existencia de un derecho derivado en el marco del MERCOSUR no puede ser puesta en duda toda vez que el artículo 10 citado alude inequívocamente a que el Consejo, aparte de la conducción típicamente política, posee competencia para la toma de decisiones, aun cuando no hace referencia a la naturaleza de éstas. Sin embargo, aunque las facultades del Consejo se encuentran configuradas de un modo genérico, ello no implica cercenar la aptitud que cabe reconocerle para la emanación de las diferentes clases de normas derivadas típicas del derecho comunitario (reglamentos, directivas, decisiones individuales y dictámenes).

El empleo del término «decisiones» en los artículos 9 y 10 del TA nos parece que ha sido utilizado en sentido amplio (10), puesto que guarda correspondencia con el marco del Tratado y los objetivos y plazos perseguidos y, sobre todo, con los instrumentos que, conforme al artículo 5, se consideran «principales» para la constitución del Mercado Común (v. gr., programa de liberación comercial y arancel externo común).

V. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL ORDENAMIENTO INTERNO DE LOS ESTADOS

Al establecerse un sistema jurídico comunitario, el derecho que surge de sus fuentes no constituye un derecho extranjero ni tampoco un derecho internacional; se trata de un derecho que también es propio de los Estados miembros y que posee una fuerza jurídica de penetración en el ordenamiento interno de los países miembros (11), lo que se revela en tres de las notas peculiares del derecho comunitario, a saber: *a)* su aplicabilidad inmediata; *b)* el efecto directo de las normas originarias y derivadas, y *c)* la primacía sobre los derechos nacionales. Veremos,

(10) En el derecho comunitario europeo, por el contrario, la figura de la decisión se reserva para los actos de contenido individual (pudiendo apreciarse en ello la influencia francesa); véase Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «Los tratados constitutivos y el derecho derivado», en el *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, tomo I, obra colectiva dirigida por el Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1986, pág. 325.

(11) Cfr. Isaac GUY, *Droit Communautaire général*, 3.^a ed., París, 1990, pág. 151.

seguidamente, en sus grandes líneas, los señalados caracteres que tipifican al derecho comunitario, a la luz de la experiencia europea y teniendo en cuenta los preceptos del TA.

1. *La aplicabilidad inmediata del derecho comunitario*

Como las reglas del derecho internacional (art. 26 de la Convención de Viena) obligan a los Estados a respetar y cumplir los preceptos convenidos en los Tratados so pena de generar su responsabilidad internacional y dada la posibilidad de sustentar en nuestro derecho público la concepción monista (12), según la cual los Tratados celebrados con las naciones extranjeras, debidamente aprobados por el Congreso y ratificados por el Ejecutivo, pasan a formar parte de nuestro derecho interno sin necesidad de otro acto legislativo posterior de incorporación, ningún obstáculo se presenta para que rija respecto del MERCOSUR (y aun durante el período de transición) el principio de la aplicabilidad inmediata de sus normas y del derecho derivado de sus órganos. En nuestro derecho público, el carácter de «ley suprema» que le atribuye el artículo 31 de la CN a los Tratados internacionales, sin exigir otro requisito ulterior que su aprobación legislativa, viene a prestar apoyatura a la tesis monista que, en su momento, propició KELSEN. Es evidente, por otra parte, que la concepción dualista postulada por un sector de las doctrinas italiana y germánica (ANZILOTTI y TRIEPEL) resulta incompatible con la idea de un derecho comunitario (13) dotado de una relativa autonomía competencial, enraizada en el principio de su primacía sobre el derecho interno de los países miembros.

Esta conclusión se impone, pues, no obstante que el TA no ha prescrito, en forma expresa, el principio de su aplicabilidad inmediata en los países miembros, los órganos del Tratado se encuentran habilitados para adoptar una serie de decisiones que repercuten en el ordenamiento interno (v. gr., el establecimiento de un arancel común y las decisiones vinculadas a las rebajas arancelarias progresivas, etc., previstas en el artículo 5 del Tratado). El dictado de esta clase de medidas sólo tiene sentido si resultan paralelamente operativas y no dependen de un acto legislativo posterior de incorporación a los ordenamientos internos de los Estados. Cabe aplicar aquí la doctrina del llamado efecto útil de los Tratados.

Ahora bien, la circunstancia de que las normas del TA y su derecho comunitario derivado resulten de aplicación inmediata en los países integrantes del Mercado Común no implica atribuir carácter operativo a todas sus prescripciones, muchas de las cuales requieren de la actividad complementaria de los Estados para hacerlas efectivas (v. gr., la coordinación de la política fiscal, monetaria y cambiaria, prescrita en el artícu-

(12) Cfr. J. Germán BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo II, Buenos Aires, 1988, pág. 285.

(13) Isaac GUY, *op. cit.*, pág. 152.

lo 1 del Tratado). Tampoco hay que confundir este principio con el relativo a la eficacia directa del derecho comunitario, que analizamos a continuación.

2. *El efecto directo del derecho del Mercado Común*

De la consagración o no de este principio en el Mercado Común del Sur dependerá, en buena medida, la institucionalización de sus objetivos y su anclaje en un sistema definitivo y permanente. Se trata, nada más y nada menos, que de establecer una regla de derecho comunitario que permita que, al integrarse éste al derecho interno, sus normas pueden ser invocadas y opuestas por los ciudadanos de los países miembros del Mercado Común (14).

Por el momento, este principio capital no ha sido recepcionado en el TA, si bien podría sostenerse la existencia de una regla inherente o resultante (15) del propio Tratado, puesto que de lo contrario sus normas carecerían de toda utilidad. En consecuencia, si bien los particulares no se encuentran habilitados para impugnar, en el actual estado del MERCOSUR, las decisiones emanadas de los órganos comunitarios, nada impide que ellos puedan invocar y oponer el derecho comunitario en las controversias que se plantean ante los jueces locales, en virtud de la conexión existente con el principio de la aplicabilidad inmediata de las normas que se ha visto en el punto anterior.

Claro está que sería preferible que se estatuya el reconocimiento expreso de la eficacia directa de las normas y principios del TA y de su derecho derivado, para evitar las interpretaciones equivocadas que pueda formular una jurisprudencia todavía no preparada para acoger esta radical innovación que implica la existencia de un sistema comunitario, sin perjuicio de la eventual recepción de esta regla por parte de los órganos del Mercado Común, particularmente en el supuesto de crearse un tribunal de justicia comunitario.

3. *La primacía del derecho comunitario*

La prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho de los países miembros es una regla que hace a la específica naturaleza (16) y existencia de un Mercado Común, por cuanto si sus normas no tuvieran primacía respecto de los derechos nacionales se afectaría un principio

(14) Ampliar en Santiago MUÑOZ MACHADO, «Los principios de articulación de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva», en el *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, cit., tomo I, Madrid, 1986, págs. 509 y ss.; Isaac GUY, *op. cit.*, págs. 156 y ss.

(15) Sobre el concepto de poder inherente o resultante, véase Jorge A. AJA ESPIL, *Constitución y Poder. Historia y teoría de los poderes implícitos*, Buenos Aires, 1987, página 160.

(16) Isaac GUY, *op. cit.*, pág. 169; ver también Louis CARTOU, *Communautés européennes*, 9.^a ed., París, 1989, págs. 188 y ss.

general en el que reposa todo derecho comunitario: el de la unidad de legislación.

De lo contrario, esta unidad no sería realmente efectiva al quedar el derecho comunitario subordinado tanto a la ley nacional posterior como a la interpretación preferente que lleven a cabo los jueces locales, relegando el derecho en que se basa la integración que se procura.

La creación de este principio en el derecho comunitario europeo ha sido obra de la jurisprudencia, la que, en forma pretoriana, ha establecido la superioridad del derecho de las comunidades sobre los derechos nacionales, sobre todo a partir de la sentencia *Simmenthal* del año 1978 (17). Allí, el Tribunal de Justicia de las Comunidades señaló que «sería incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario *toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial, que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de no reconocer al juez competente para aplicar este Derecho, el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo que es necesario para eliminar las disposiciones legislativas nacionales que constituyan eventualmente obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias*».

Se trata, en consecuencia, de un principio inherente a la peculiar naturaleza del derecho comunitario, que no deriva de la regla de la eficacia directa que se ha analizado precedentemente (18). La primacía se desprende, por de pronto, del principio de unidad del derecho comunitario y se conecta, obviamente, con el principio de la especialidad o de la competencia finalista (19) ya que, por lo común, la competencia de los órganos comunitarios se halla delineada mediante amplios y genéricos objetivos, careciendo de una formulación detallada y precisa. Puede concluirse por ello que una comunidad, una vez creada, posee toda la competencia necesaria para cumplir con los fines que presidieron su creación.

(17) Vid. Santiago MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el derecho interno...*, cit., págs. 147-155.

(18) A pesar de las distintas interpretaciones que se han formulado tanto en la doctrina como en el Tribunal de Justicia de las Comunidades (ver Louis CARTOU, *op. cit.*, pág. 290), el principio de la primacía opera en un plano diferente: el de la superioridad de la norma comunitaria sobre la nacional. En cambio, la eficacia directa alude al efecto vinculante de la norma respecto de los ciudadanos de los países miembros y en relación a los propios Estados.

(19) Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, págs. 145-146. Este principio de la competencia constituye el fundamento y el presupuesto de validez del sistema de articulación entre el derecho comunitario y los derechos regionales o autónomos de las diversas entidades políticas de los Estados (entre nosotros serían las Provincias). Ello da lugar a una serie de problemas jurídicos cuyo tratamiento excede el objeto de este trabajo; puede verse al respecto José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Madrid, 1990, especialmente págs. 133 y ss.; Alberto ARCE JANARIZ, *Comunidades Autónomas y Conflictos de Leyes*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, páginas 34 y ss.; Arnold RAINER, *La influencia del Mercado Unico Europeo sobre las competencias de carácter económico de la Federación y de los «Länder»*, «REDA», núm. 66, Madrid, 1990, trad. del alemán, págs. 201 y ss.; N. CATALANO y R. SCARPA, *Principi di Diritti Comunitario*, Milán, 1984, págs. 173 y ss.

En este sentido, el TA, pese a que no contiene una norma semejante al artículo 235 del Tratado de la CEE, al haber prescrito, en su artículo 10, que las competencias del Consejo se atribuyen con el fin de asegurar el cumplimiento de los objetivos del Mercado Común, ha consagrado una extensa competencia de naturaleza finalística, la cual deberá interpretarse, en el futuro, conforme a la regla de la especialidad, para cuya realización se impone el principio de la supremacía.

El efecto que produce este principio de la primacía es doble pues mientras, por una parte, torna inaplicable de pleno derecho las disposiciones nacionales contrarias al derecho comunitario, por la otra, viene a impedir la formación válida de actos legislativos posteriores que fueran incompatibles con la legislación comunitaria (20).

Ahora bien, entre nosotros la primacía del derecho comunitario (particularmente el derecho derivado) en el caso de reconocerse en el marco del TA, tendría como límite los principios básicos y el sistema de derechos y garantías que estatuye la Constitución, quedando habilitado, en tales casos, el control de constitucionalidad por parte de nuestros tribunales. Por otra parte, y sin perjuicio de destacar la responsabilidad internacional que le incumbiría al país por la violación de los Tratados conforme a la Convención de Viena, en la doctrina argentina se ha sostenido también la imposibilidad de que una futura reforma constitucional modifique o altere las disposiciones de un Tratado internacional (21), ya que su ratificación implica limitar el ejercicio del poder constituyente, que no es originario sino derivado.

VI. ACERCA DEL PERFIL INSTITUCIONAL DEL MERCADO COMÚN DEL SUR Y SU PERFECCIONAMIENTO

El TA, aunque se halla lejos de contener un sistema institucional orgánico y suficiente, constituye un importante punto de partida susceptible de complementarse con el dictado de otras normas comunitarias de carácter originario, aparte de las que emanen, en el futuro, de los propios órganos del MERCOSUR. En esta etapa postfundacional hay aspectos básicos que requieren la adopción de decisiones, al nivel de un Tratado, el cual debería proseguir y profundizar el de Asunción, en la medida en que las condiciones políticas y económicas de los países miembros lo tornen posible y conveniente. Esos aspectos se reducen, a nuestro juicio, a tres instituciones fundamentales que hacen a la comunidad como persona jurídica diferente de los Estados, a la organización del órgano ejecutivo y su independencia e imparcialidad y, por último,

(20) Tal es la doctrina expuesta por el Tribunal de Justicia comunitario en el caso *Simmenthal* antes referido.

(21) Cfr. Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo III, Buenos Aires, 1989, págs. 117-118. Respecto de la primacía de la Constitución sobre el derecho internacional, véase, del mismo autor, *op. cit.*, tomo I, págs. 102-103.

pero quizá de mayor relevancia, a la creación de un Tribunal de Justicia del Mercado Común del Sur. Puntualizaremos, seguidamente, y en forma sucinta, las razones que ameritan el perfeccionamiento institucional apuntado.

a) *¿Hacia una Comunidad?*

El artículo 1 del TA hace referencia expresa sólo a la constitución de un Mercado Común, a diferencia del Tratado de Roma donde, por el artículo 1, «las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA» con el objeto de cumplir su misión «... mediante el establecimiento de un Mercado Común...». Cabe observar que, aparte de su papel instrumental, un mercado, por más comunitario que sea, configura un concepto más económico que jurídico. Sin embargo, como se crean órganos del TA que poseen competencia para dictar decisiones que vinculan a los Estados y a los particulares (v gr., el arancel externo común), este mecanismo aparece mucho más compatible con el sistema comunitario que con el asociativo, en la experiencia latinoamericana, el cual se rige por las reglas que proporciona el derecho internacional.

No hay que olvidar que un Tratado no constituye, obviamente, una persona jurídica; es un acuerdo fundacional que determina el derecho originario y los órganos de una institución que, desde el punto de vista jurídico, aún no se ha perfilado debidamente y que, al carecer de voluntad orgánica, no configura una personalidad diferente de la de los países miembros. Por ello, si, como parece, el rumbo elegido conduce, indefectiblemente, hacia la constitución de una Comunidad de América del Sur, este proceso debería perfeccionarse no solamente con una definición precisa sino, fundamentalmente, con la articulación del principio de autonomía decisoria a través de la regla de la mayoría y de la imparcialidad de sus órganos permanentes, todo lo cual tendría que ser instrumentado durante el proceso de transición, es decir, antes de 1994.

b) *El órgano ejecutivo*

A nuestro criterio, el Grupo del Mercado Común —tal como se denomina en el TA al órgano ejecutivo del MERCOSUR— precisa organizarse como órgano permanente, dotado de independencia respecto de los países miembros y ser un poco más reducido que el actual, que en total congrega a catorce —14— miembros, donde se encuentran representados los Ministerios de Economía y de Relaciones Exteriores y los Bancos Centrales de los Estados integrantes (22). En la actualidad, este grupo, cuya denominación más acertada sería Comisión o Comité Ejecutivo,

(22) Artículo 14 del TA.

carece de una voluntad comunitaria imparcial que pueda desgajarse de la de los Estados del MERCOSUR, hallándose limitada la actuación de los representantes de los gobiernos por los mandatos o instrucciones que reciban. Así, la facultad de iniciativa (23) que le reconoce el Tratado queda diluida por la dependencia jerárquica que mantienen los representantes del Grupo con los miembros del Consejo, que representan a los Estados, pues en vez de disociar el poder de los representantes permanentes de la Comunidad del que ostentan quienes ejercen la representación política de los Estados, el Tratado no permite la separación orgánica, impidiendo así que surjan iniciativas comunitarias imparciales o independientes de las conducciones políticas, aunque, en definitiva, sea siempre el Consejo quien tenga que adoptar las decisiones con fuerza de ley, salvo que se utilice el mecanismo de la delegación, al que suele acudir en el derecho comunitario europeo.

c) *La creación de un Tribunal de Justicia*

El paso hacia una Comunidad requiere, indudablemente, además de la existencia de una organización administrativa independiente y de un derecho comunitario que prevalezca sobre los derechos nacionales, de un órgano jurisdiccional que, asumiendo la representación de la Comunidad, tenga por misión garantizar el respeto de las normas y principios del Tratado y su interpretación uniforme en el ámbito del Mercado Común (24). Con ello se asegura la realización de las funciones de la Comunidad, al confiarle al Tribunal, aparte de funciones consultivas, la tarea de realizar la integración entre los países miembros a través del derecho. Es por todo eso que, en la Europa Comunitaria, se ha podido hablar de un «gobierno de los jueces» (25). Su competencia puede ser tanto consultiva (26) como contenciosa y prejudicial (27).

En el caso de decidirse la creación de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR, su jurisdicción contenciosa debería circunscribirse, básicamente, al igual que en el derecho comunitario, a las siguientes cuestiones: a) conflictos donde se juzguen las infracciones al derecho comunitario por los Estados miembros; b) recursos o acciones referidas al control

(23) La facultad de iniciativa implica que el Consejo decide a propuesta del órgano ejecutivo y que compete a éste trazar el marco de la decisión del Consejo (cfr. Alfonso MATTERA, *El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, pág. 230).

(24) Cfr. Marcello Urbano SALERNO, *Treinta años de integración latinoamericana: perspectiva jurídica y empresarial*, en «La Ley», diario del 12-9-91, pág. 3.

(25) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», Capítulo XV, tomo I, del *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Cívitas, Madrid, 1986, págs. 657-658.

(26) V. gr., artículo 228 del Tratado de la CEE, artículo 103 del Tratado de la CECA, etcétera.

(27) Conforme al artículo 177 del Tratado de la CEE; sobre la jurisdicción contenciosa del Tribunal de Justicia de la CEE, véase Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, *El sistema institucional de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1988, págs. 109 y ss.

de legitimidad de los actos administrativos, reglamentos y directivas de los órganos comunitarios; *c*) responsabilidad extracontractual de la comunidad, y *d*) las controversias entre la Comunidad y los funcionarios (28).

VII. CONCLUSIONES SOBRE UNA NORMATIVA MÍNIMA PARA EL MERCOSUR

A esta altura de este trabajo se pueden extraer algunas conclusiones que centramos en los aspectos normativos (con exclusión de aquellos inherentes a la organización administrativa y jurisdiccional) que arroja el examen que hemos realizado precedentemente, a saber:

1. La correcta aplicación y desarrollo de las normas y principios del TA demanda una mayor precisión de las competencias y poderes normativos de los órganos comunitarios, discriminando los diferentes tipos de fuentes, especialmente aquellas que provienen del derecho derivado (reglamentos, directivas, dictámenes, etc.).

2. Resulta imprescindible, si se quiere establecer efectivamente un derecho comunitario uniforme en el ámbito del MERCOSUR, la recepción normativa de una serie de principios de articulación que son fundamentales para el cumplimiento de los objetivos y el funcionamiento de las instituciones pues, no obstante que algunos de ellos sean sostenibles también en virtud de determinados principios generales del derecho comunitario, no se puede desconocer que su incorporación al derecho positivo del MERCOSUR habrá de consolidar el sistema jurídico creado, contribuyendo al afianzamiento de la seguridad jurídica. Entre esos principios destacamos los siguientes:

- a*) la incorporación al Tratado de una prescripción expresa que consagre la regla de la primacía del derecho comunitario (originario y derivado) sobre los derechos nacionales;
- b*) la recepción de los principios inherentes a la aplicabilidad inmediata del derecho comunitario y la eficacia directa de sus prescripciones;
- c*) el abandono de la regla del consenso para la adopción de las decisiones de los órganos del MERCOSUR.
- d*) el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de la comunidad por los hechos y actos de sus agentes y/u órganos por el irregular cumplimiento de las funciones a su cargo.

3. Ese conjunto de principios de articulación que hemos descrito sería débil si no contara con un sistema que asegure una tutela jurisdiccional efectiva, sobre la base de determinados lineamientos generales,

(28) Ampliar en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, tomo I, págs. 647 y ss.

entre los que cabe mencionar: *a)* la plena vigencia de la garantía de la defensa, en sede administrativa y jurisdiccional; *b)* la consagración de recursos directos contra las decisiones de los órganos del MERCOSUR y la posibilidad de que el Tribunal de Justicia Comunitario proceda a la anulación de los actos generales provenientes de los órganos comunitarios, con efectos *erga omnes*; *c)* la instauración de recursos de interpretación de naturaleza prejudicial, y *d)* un mecanismo efectivo para el cumplimiento de las sentencias.

Cada uno de estos aspectos normativos demanda un desarrollo jurídico que excede nuestro propósito de efectuar tan sólo una descripción general acerca de algunas de las falencias que exhibe el incipiente y embrionario derecho del MERCOSUR apuntando, antes de todo, a las grandes líneas de un sistema comunitario.

Con el TA, pensamos que puede abrirse una etapa que deje atrás el sistema de cooperación y asociación que rigió en el pasado para penetrar de lleno en un proceso de integración de carácter comunitario y vinculante, aunque sin asumir el uso de la coacción para el cumplimiento de las decisiones comunitarias, el cual deberá seguir siendo un poder reservado por los Estados miembros (29), como uno de los últimos residuos, de la soberanía.

La temática que hemos intentado exponer se orienta a generar un espíritu de reflexión que, sin preconceptos ni dogmatismos, contribuya a que se instrumenten las medidas más adecuadas y aptas con el objeto de que el Mercado Común que se perfila sea una realidad económica y cultural que sirva a nuestro crecimiento y se halle al servicio de la dignidad de nuestros habitantes, en el marco de libertad que postula el Estado de Derecho.

Juan Carlos CASSAGNE

(29) Jorge A. AJA ESPIL, en su discurso de incorporación a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, publicado en la Revista de dicha institución, núm. 201, págs. 55 y ss. (especialmente pág. 65), año 1977, «Orden Jurídico Comunitario».

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

