

LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN Y EL MERCOSUR	257
I. El artículo 75 inciso 24 de la Constitución nacional argentina	257
II. El derecho de la integración y el derecho comunitario originario y derivado. El caso particular del MERCOSUR	264
III. ¿Hacia el fin de la exclusividad constitucional de los Estados? A propósito del Tratado de Maastricht como Constitución “supraconstitucional”	271

LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN Y EL MERCOSUR

I. EL ARTÍCULO 75 INCISO 24 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA

La incorporación al texto de la Constitución nacional del nuevo inciso 24 del artículo 75 respondió a una directriz política señalada por el Congreso de la Nación al constituyente en la ley declarativa de la necesidad de la reforma, al incluir entre los temas habilitados la sanción de tratados internacionales de integración que permitieran delegar competencias en organismos supranacionales (inciso I, artículo 3o., Ley 24.309). A tal efecto, el mandato del legislador al constituyente, formulado en la etapa preconstituyente, recogió una posición muy marcada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en cuanto a que el problema de la denominada supranacionalidad del derecho comunitario o derecho de la integración, debía encontrar solución por vía de una reforma constitucional y no de otras propuestas menos firmes, como las vías interpretativas o las llamadas “mutaciones constitucionales” que no alcanzan a garantizar la seguridad jurídica.

Esa posición se ve abonada por el antecedente de la Unión Europea, que es el proceso de integración de grado más avanzado que se conoce, y que ha marchado al compás de adaptaciones y reformas constitucionales en los países miembros, que permitieron el desarrollo del marco institucional adecuado desde los Estados de derecho hacia la comunidad de derecho. De allí también proviene el mayor desarrollo teórico sobre el “derecho comunitario”, entendido como el conjunto de competencias transferidas voluntariamente por los Estados miembros a través de mecanismos previstos en sus constituciones. De tales aportaciones surge también la categoría de los tratados de integración como una categoría específica, con mayores requisitos desde el punto de vista constitucional que los tratados internacionales ordinarios.

En América Latina, si bien los procesos de integración alcanzan menor desarrollo, también se manifestaron importantes posiciones hacia la necesidad de reformar las constituciones nacionales con miras a favorecer los procesos de integración; de manera que el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) emitió con fecha 6 de marzo de 1992, un dictamen referido al “perfil jurídico institucional del fenómeno de la integración latinoamericana”, en el que se realizan recomendaciones después de estudiar profundamente los textos constitucionales latinoamericanos y realizar importantes consideraciones de fondo sobre el derecho de la integración. La fecha del dictamen es muy relevante, toda vez que ya se había firmado el Tratado de Asunción y promediaba el periodo de transición del MERCOSUR. Entre las conclusiones del informe se lee:¹

6) Para la preservación del perfil comunitario, se requiere que las constituciones nacionales estén adaptadas a las nuevas exigencias del derecho emergente (*in fieri*), para lo cual es recomendable que los Estados que deseen avanzar por este camino incorporen a ellos, si fuere necesario, las correspondientes habilitaciones para la delegación externa de ciertas competencias que hasta hoy habrían estado reservadas a sus órganos, así como también la explicación de las nuevas relaciones de supremacía normativa y la admisión de una justicia común.

En concreto, puede resultar necesario prever la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, así como su interpretación uniforme y la aplicación directa en el ámbito interno de las decisiones normativas o judiciales de los órganos del poder público del Estado.

10) En síntesis, a los efectos de asegurar el desenvolvimiento gradual de los procesos de integración y su consiguiente fortalecimiento, es aconsejable que aquellos Estados del continente que estén animados por el propósito de alcanzar las metas que ofrecen las nuevas realidades comunitarias en el mundo contemporáneo, consideren la conveniencia de proceder, en la medida que fuese necesario, a la reforma o enmienda de sus constituciones para adecuarlas a los cambios precedentemente señalados.

En el mismo sentido ya se habían pronunciado algunas importantes instituciones continentales, como la *Interamerican Bar Association*, que en el año 1969 dictó la resolución 16, en la que recomendaba la adapta-

1 La autoría del proyecto —votado por unanimidad— corresponde al entonces presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Doctor Jorge Reinaldo A. Vanossi.

ción de las constituciones para permitir los procesos de integración regional. En ese mismo sentido, también se fueron expresando, cada vez más, las posiciones doctrinarias a favor de una reforma constitucional que habilitara la posibilidad de delegar competencias en organismos internacionales.² La jurisprudencia de nuestros tribunales también fue abriendo surcos, destacándose el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa *Fibraca vs. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* de 1992, donde el alto tribunal se abstuvo de decidir en un pleito por honorarios de peritos, dando por válida la decisión adoptada por un organismo binacional.

Al tiempo de firmarse el Tratado de Asunción, Argentina era el único de los cuatro Estados partes que no contemplaba en su Constitución la posibilidad de un acuerdo de integración económica. La cuestión fue resuelta por el constituyente en el inciso 24 del artículo 75, con una fórmula facilitadora de la integración al requerir la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara para aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos.

El sistema adoptado tiene diferencias cuando se trata de aprobar tratados de integración con otros Estados no latinoamericanos, en cuyo caso, el Congreso de la nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declara la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

Decimos que la fórmula adoptada por la Constitución es facilitadora de la integración y demostrativa de la actitud favorable a la misma por parte de nuestro país, en tanto sólo se requiere mayoría absoluta (50% + 1) de la totalidad de los miembros de cada Cámara para la integración con Estados latinoamericanos y un sistema más complejo de doble votación, pero con iguales mayorías para integrarse con otros Estados.

² Merecen destacarse, muy especialmente, los trabajos realizados por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) a través de sus numerosos seminarios y documentos de trabajo sobre el tema, y, especialmente, su Comité de Asuntos Latinoamericanos, coordinado por los doctores Jorge Horacio Lavopa y Leonardo Hekimian.

Si se compara nuestra situación con la de las constituciones europeas, se observará que, en general, aquéllas imponen mayores barreras de exigencias para delegar competencias en materia de integración. Así, la Constitución holandesa exige los 2/3 de los votos emitidos (artículo 91) para aceptar cesiones de competencias; la Constitución de Dinamarca exige los 5/6 del *Foketing* (artículo 20.2), y la Constitución de Grecia los 3/5 de miembros del Parlamento, en tanto que la Constitución española impone un “umbral mínimo”, que es la sanción de una ley orgánica (artículo 93).³ De donde también resulta evidente, y como le hemos señalado, que la clave en las relaciones entre el “derecho comunitario” y el derecho constitucional, se encuentra en la delegación de competencias a órganos supranacionales.⁴

Durante los debates de la Convención Nacional Reformadora de 1994, el asambleísta por la provincia de Santa Fe, Alberto Natale, propuso realizar tres modificaciones al proyecto de la mayoría que consistieron en lo siguiente, según sus propias palabras:

La primera de ellas se refiere a la forma de expresar el concepto. En lugar de decir: “Aprobar tratados internacionales de integración que deleguen competencias a organizaciones supraestatales”, nosotros proponemos la siguiente redacción: “Aprobar tratados internacionales de integración en los que se atribuya e ejercicio de determinados poderes propios a las instituciones creadas por el tratado”, y luego seguiría el texto en la forma redactada por la comisión.

Nos parece que es más preciso hablar de atribución del ejercicio de determinados poderes propios —de los órganos estatales— a las instituciones creadas por el tratado, que referirse a la delegación de atribuciones o de competencias a organismos supraestatales.

La segunda proposición que hacemos es la de no hacer distingos entre Estados latinoamericanos y otros que no lo sean, y que se deje librado al criterio y a la apreciación de los órganos ordinarios del Estado —al Poder Legislativo y al Ejecutivo— las decisiones que adopte al respecto.

Y la tercera proposición que vamos a hacer está acorde con lo que acabamos de decir y con las soluciones que en esta materia dan las constitu-

3 Mangas Martín, Araceli, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid, Tecnos.

4 Dalla Via, Alberto Ricardo, “El MERCOSUR, La Integración, el Derecho y la Constitución”, *Revista El Derecho*, 17 de diciembre de 1991 y del mismo autor “Solución de Controversias” en la obra colectiva *El MERCOSUR. Perspectivas desde el derecho privado*, dirigida por Carlos Ghersi, Universidad y en el artículo “¿Hacia la Constitución supranacional?” publicado en *La Ley* de octubre de 1996.

ciones que en Europa se modificaron para permitir la incorporación a la Comunidad Europea, sin que hubiese afectación alguna de constitucionalidad a los tratados que así la determinaban. Se trata de la exigencia de que el voto en el Congreso sea dispuesto por una mayoría calificada de los dos tercios de los miembros de cada una de las Cámaras.

Esto le da una especial significación al tratado por el hecho trascendente de que están delegando competencias propias de los órganos del Estado a organismos supraestatales o de integración, que deben demandar una concurrencia superior a la que ordinariamente se exige para la sanción de las leyes. Por lo tanto, los dos tercios representan el requerimiento que previeron en su momento las constituciones holandesa y alemana para tomar decisiones de esta naturaleza.

En consecuencia, dejo planteadas al cuerpo y a la comisión respectiva las tres propuestas de modificación que acabo de explicar.⁵

Ninguna de las tres propuestas fue tenida en cuenta por el plenario de la Convención ni por la Comisión respectiva. Sin embargo nos hemos referido a ellas por tratarse de temas importantes que deseamos puntualizar, comenzando por decir que en diferentes oportunidades y escritos anteriores habíamos considerado que la mayoría requerida para delegar competencias debería ser equivalente a la mayoría requerida para poner en marcha la reforma constitucional, conforme lo previsto en el artículo 30 de la Constitución nacional. Sin embargo, y no obstante que la reforma prefirió una fórmula más flexible, lo cierto es que hasta la fecha dicho mecanismo no ha sido puesto en práctica, aunque por razones que más bien se relacionan con la marcha del MERCOSUR en su ámbito institucional.

No coincidimos, en cambio con la posición del asambleísta Natale, de que debería haberse cambiado la expresión “delegación de competencias y jurisdicción” por “atribución de ejercicio”. Tal criterio es coincidente con la posición de algunos autores que prefieren hablar de “transferencia de competencias” y no de “delegación”, presuponiendo que no existe una preeminencia del derecho constitucional de los Estados partes por sobre el derecho comunitario, sino una igualdad jerárquica.⁶ Y aun hay quienes consideran más conveniente no hablar de transferencia ni de delegación, sino de “atribución”, porque de lo que se trataría es de la con-

5 Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, 23a. reunión, 3a. sesión ordinaria, p. 3086.

6 En tal sentido véase Lavopa, Jorge y Hekimian, Leonardo, *Una propuesta institucional para el MERCOSUR*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, CARI.

formación de un orden jurídico distinto o nuevo, una vez expresada la voluntad soberana de integrarse.⁷

Por el contrario, nosotros pensamos que el término correcto es “delegación de competencias”. La doctrina europea es coincidente en que el derecho de la integración no presupone una relación jerárquica de primacía del derecho comunitario (originario y derivado) por sobre el derecho interno de cada uno de los Estados partes; sino que, más bien se trata de una decisión soberana y voluntaria de cada Estado de ceder por el mecanismo constitucional adecuado, aquellas competencias que forman parte de políticas comunes.⁸

Bajo esa premisa, cabe también considerar que cada Estado pueda renunciar al tratado y retirarse del proceso de integración, recuperando en su caso las competencias cedidas, aun cuando el problema aparezca complicado desde el punto de vista político, debe ser razonado así jurídicamente. En ese sentido también la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, como del Tribunal Federal Alemán se han pronunciado con claridad sobre su competencia para controlar la constitucionalidad del proceso de integración, reservándose el papel de último control de supremacía. Entendemos que ése también es el papel que cabe a nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación por lo dispuesto en los artículos 27 y 116.

Con respecto a la adopción del término “supraestatales” en lugar de “supranacionales”, si bien la intención puede haber estado dirigida a causar un impacto menor, entendemos que no tiene ninguna relevancia jurídica desde el punto de vista práctico la distinción entre uno y otro.

Los planteamientos de Natale fueron respondidos en la misma sesión por el presidente de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, Juan Pablo Cafiero en los siguientes y concluyentes términos:

En cuanto a la propuesta efectuada por el asambleísta Natale con respecto al mecanismo que figura en la primera parte del inciso, sobre si conviene utilizar la palabra “atribuciones” o “competencias”, desde el punto de vista de la comisión el párrafo está bien redactado. Por lo tanto, sostenemos la expresión “que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales”. Entiendo que esto contempla la posición sustentada por el señor Natale.

⁷ Una propuesta en tal sentido fue la formulada por el profesor Calogero Pizzolo durante el Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional llevado a cabo en la Universidad Nacional de Litoral en septiembre de 1999.

⁸ Lagrange, *Derecho comunitario*; Reuter, P., *Derecho comunitario*, entre otros, citados por Mangas Martín, Araceli, *op. cit.*

Con respecto a las observaciones que se han hecho en materia de mayorías calificadas, aclaro que el texto está bien redactado, porque está hecho con la intención de que para el caso de los tratados con Estados de Latinoamérica, se requiera la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Para el caso de otros Estados, se ha pensado en una doble instancia de aprobación legislativa: una que es un acto declarativo, que se realiza con la mayoría con la que comúnmente sancionamos todo tipo de ley, que es la mayoría de los miembros con el *quorum* con el que esté sesionando la Cámara, que es el que establece la Constitución y que ratifican los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado. Pasados ciento veinte días de ese acto declarativo, que es un acto legislativo simple, hay que realizar —ésta es la segunda instancia— un acto complejo de aprobación del Tratado. La intención es que en esos ciento veinte días se promueva un amplio debate en la sociedad, a fin de informar sobre los pormenores, las ventajas o desventajas del Tratado que se está proponiendo, que ya cuenta con un acto declarativo, porque el Estado ya ha iniciado su compromiso luego de los ciento veinte días a través de un acto que requiere de una mayoría calificada. Por estas razones, sostenemos el dictamen tal cual ha sido leído.

Un tema que juzgamos altamente relevante es el compromiso con la democracia y el respeto por los derechos humanos exigidos por la Constitución para la firma de tratados de integración en condiciones de igualdad y de reciprocidad, conforme los principios del derecho internacional de los tratados. El respeto por la democracia y los derechos humanos no solo representa un valor simbólico de gran importancia, habida cuenta de nuestro pasado no muy lejano, sino también porque en términos prácticos se configura el llamado “anclaje democrático”, ya contenido en el Tratado de Asunción, así como en los tratados que dieron origen a la Comunidad Europea.

Tales cláusulas han sido puestas a prueba con resultado eficiente. En Europa ocurrió que países que sostenían regímenes autoritarios como en su momento lo fueron España, Portugal y Grecia no pudieron ingresar a las Comunidades mientras no adoptaron sistemas democráticos de gobierno, poniendo en marcha exitosas transiciones, que además permitieron demostrar a sus pueblos las ventajas de la recuperación del Estado de derecho en términos de mayor eficiencia económica y desarrollo relativo. Actualmente, por razones similares, continúa la discusión en el caso de Turquía.

En el cono sur de América Latina, acontecimientos políticos ocurridos en Paraguay en 1998 pusieron a prueba el sistema de manera que la actitud de los Estados partes del MERCOSUR fue relevante para el mantenimiento del sistema democrático. Frente a esta importante cuestión y teniendo en cuenta la tradición de autoritarismo que ha azotado largamente a nuestros países, se plantea la validez de las cláusulas de anclaje democrático.

Por nuestra parte, interpretamos que la norma constitucional es clara, así como también lo es el Tratado de Asunción: si un Estado parte perdiera su condición democrática debería perder, inmediatamente, su condición de miembro.

II. EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN Y EL DERECHO COMUNITARIO ORIGINARIO Y DERIVADO. EL CASO PARTICULAR DEL MERCOSUR

La incorporación del artículo 75 inciso 24 al texto constitucional es un hecho auspicioso para el desarrollo de un futuro proceso de integración jurídica, y tanto más cuando la Constitución nacional ha adoptado una norma facilitadora, cuyo alcance y espíritu resulta claro de los debates de la convención reformadora que hemos citado antes. Se trata de una norma de apertura para un proceso *in fieri* que además invita a otros países de la región a seguir posiciones similares; pero lo cierto es que el mecanismo constitucional previsto todavía no fue utilizado para la aprobación de ningún tratado de integración ni ningún protocolo adicional.

El Tratado de Asunción que dio nacimiento al MERCOSUR, firmado en 1990, es anterior a la reforma constitucional y el Protocolo de Ouro Preto, verdadera renovación de aquel tratado, que si bien se firmó a fines de 1994, no pasó tampoco por el mecanismo constitucional recién inaugurado, aunque se trata de los instrumentos jurídicos más trascendentes firmados y aprobados por nuestro país en materia de integración económica.

Algunos autores en nuestro país sostienen la existencia de un “derecho comunitario derivado” en el ámbito del MERCOSUR, siguiendo para ello la terminología propia del proceso de integración europeo. Tal derecho derivado estaría integrado por las distintas resoluciones del Consejo del Mercado Común (CMC) y disposiciones del Grupo Mercado Común

(GMC) y los distintos subgrupos de trabajos, así como por todo acto de naturaleza jurídica que emane de los órganos que componen la estructura institucional del MERCOSUR.

Aun cuando esas tendencias claramente dirigidas en favor de la integración jurídica encuentran fundamento en principios del derecho internacional público, como el principio *bona fides* y el principio *pacta sunt servanda* y también en normas de tratados, como el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que entrarían en relación con las disposiciones del Protocolo de Ouro Preto que mandan a los Estados parte a adoptar en su derecho interno las normas del MERCOSUR; creemos que el fundamento es endeble desde el derecho interno de cada uno de los Estados al no haberse dado cumplimiento a las correspondientes habilitaciones constitucionales.

Empezando por nuestro país, aún se mantiene vigente el artículo 27 de la Constitución y, además el artículo 75 inciso 24 prevé un procedimiento especial que no fue utilizado; pero además de ello, la situación dista de ser uniforme en el derecho constitucional de los otros tres Estados miembros.

La Constitución del Paraguay es la única entre los países miembros del MERCOSUR que se refiere expresamente a la admisión de un orden jurídico supranacional. Es también el país que dedica el mayor número de artículos a las relaciones exteriores (artículos 137, 141, 145). El texto de la constitución uruguaya, por su parte, aparece restrictivo frente a las constituciones argentina y paraguaya, al establecer el criterio de exclusividad nacional (artículo 40.) para imponer leyes en territorio, y al definir la integración latinoamericana como un objetivo por “procurar” (artículo 60.). La Constitución de la República Federativa del Brasil, por su parte, omite toda mención a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno. Muchos autores ven en la disposición del artículo 40., parágrafo único, una amplia autorización para celebrar tratados de integración. Sin embargo, una lectura más atenta demuestra que existe un conflicto normativo entre esa amplia declaración y otras disposiciones constitucionales que preservan la soberanía nacional en distintos aspectos como la regulación de industrias de capital nacional brasileño.⁹

9 Ribeira Bastos, Celso y Granda Martins, Ives, *Comentários a Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988, t. 1, p. 464; Dallari, Pedro, *Constituição e Relações Exteriores*, São Paulo, Editora Saváira, 1995, pp. 182-185; Olavo Baptista, Luiz, *O MERCOSUL em movimento*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995, pp. 54-74.

De manera que en la realidad de los procesos de integración en el Cono Sur de América Latina aparece patente una situación de asimetrías que no sólo se reflejan en el terreno macroeconómico sino también en sus constituciones, es decir, en la base institucional fundamental de todo proceso político de integración. Ésta es una de las diferencias principales entre nuestro proceso de integración, embrionario, y el avanzado proceso de derecho comunitario europeo que requirió de sucesivas reformas en cada uno de los textos constitucionales para posibilitar un sentido de avance que se materializa en la última etapa iniciada con el Tratado de Maastricht de 1992 que dio inicio a la Unión Europea.

En Europa, la formación de un verdadero derecho comunitario, diferente del derecho de los Estados parte, constituye una realidad que permite visualizar en distintas manifestaciones el tránsito desde los distintos Estados de derecho hacia una única comunidad de derecho preservada por órganos comunitarios, entre los que ha tenido especial relevancia el Tribunal de Luxemburgo. La legislación de los distintos países no sólo se ha armonizado, sino que en algunos temas está unificada. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el dictamen 1/91 indicó que los tratados comunitarios, “pese a estar concluidos bajo la forma de tratados internacionales, constituyen la carta constitucional de una comunidad de derecho” y, ya con anterioridad, la sentencia del 23 de abril de 1986 había señalado que “la Comunidad Económica Europea es una comunidad de derecho en tanto que ni sus Estados miembros ni sus instituciones escapan al control de la conformidad de sus actos a la carta constitucional de base que es el tratado” (asunto 294/83, rec. 1986, p. 1939).

El MERCOSUR, en cambio, no es un proceso de derecho comunitario porque no existen mecanismos constitucionales de delegación de competencias. Consideramos que puede hablarse de derecho de la integración pero solamente tiene relevancia jurídica el derecho originario de los tratados. No hay derecho derivado propiamente dicho porque se trata de un acuerdo integubernamental. En efecto, no hay órganos comunes que tomen decisiones por mayorías, sino que los órganos del MERCOSUR están integrados por representantes de los Estados partes (generalmente de los Poderes Ejecutivos) que toman decisiones por la regla del consenso o de la unanimidad, de donde la falta de votación o apoyo de un solo Estado impide la sanción de la misma.¹⁰

10 Para el profesor Mario A. R. Midon, de la Universidad del Nordeste, corresponde realizar una distinción conceptual entre el derecho de la integración y el derecho comunitario, de manera que el

Cuando el Protocolo de Ouro Preto modificó el Tratado de Asunción a fines de 1994, definió en su artículo 1o. cuál sería la estructura institucional del MERCOSUR al concluir el periodo de transición y comenzar la etapa definitiva, el 1o. de enero de 1995. Dichos órganos son: I. El Consejo del Mercado Común (CMC). II. El Grupo Mercado Común (GMC). III. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM). IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta. V. El Foro Consultivo Económico Social (FCES). VI. La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM). Algunos de estos órganos ya existían desde el tratado original (I y II), otros nacieron con la práctica (IV y VI) y los restantes fueron previstos en Ouro Preto. La novedad más importante ha sido la creación de la Comisión de Comercio (artículo 16), a quien compete “velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados parte para el funcionamiento de la Unión Aduanera”.

Debería sorprender que la estructura institucional no mencione al Tribunal Arbitral creado por el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias; toda vez que la conformación de una comunidad jurídica integrada requiere de la conformación y afianzamiento de un derecho comunitario. La primera respuesta a tan llamativa ausencia podría ensayarse desde la perspectiva que la entrada del MERCOSUR a una etapa definitiva no ha sido plena, sino que se habla de una Unión Aduanera imperfecta o incompleta según los casos, toda vez que subsisten numerosas excepciones al Arancel Externo Común, así como distintos regímenes de adecuación. Una segunda respuesta podría estar basada en el hecho de que el sistema del Protocolo de Brasilia resulta inadecuado para esta altura de la evolución del MERCOSUR.

El primer laudo arbitral por parte del Tribunal *ad hoc* en el ámbito del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del Mercosur, que reglamenta el Anexo III del Tratado de Asunción, tuvo lugar el 28 de abril de 1999. Más allá de los alcances y del contenido de una decisión en un litigio concreto, aun cuando la misma haya sido favorable a Argentina

derecho de la integración se manifestaría en dos magnitudes, una más imperfecta y otra más madura, una más tenue y otra más profunda, una más difusa y otra más específica, una en vías de elaboración y otra mucho más acabada y plena, llamando al primero derecho de la integración primario o inferior (por ejemplo, MERCOSUR) y al restante derecho de la integración superior o comunitario (Unión Europea). Véase Midon, Mario A. R., *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*, Rubinzel Culzoni Editores, 1998. En sentido similar se han pronunciado otros especialistas como Stella Maris Biocca y Susana Czar de Zalduendo.

y cuando el laudo sancione una acción que Brasil ha mostrado con cierta reiteración en el comercio recíproco, como es el de la modificación unilateral de los acuerdos oportunamente alcanzados, nos interesa destacar de manera especial aquellos aspectos del pronunciamiento arbitral que puedan confirmar una doctrina jurídica sobre los alcances del MERCOSUR y de sus instrumentos jurídicos en la conformación de un futuro derecho comunitario.

El Tribunal dijo que su tarea no consistía en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas o aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del “conjunto normativo del MERCOSUR” (Protocolo de Ouro Preto, artículo 41), de manera que determinar la existencia o no de incumplimiento implica realizar una amplia labor interpretativa para identificar los derechos obligaciones emergentes de un conjunto normativo de formación sucesiva, por acumulación de disposiciones tomadas en el curso de un complejo proceso de decisiones políticas y jurídicas, insertas en una realidad económica cambiante.¹¹

“Se trata —dice el propio Tribunal Arbitral en el considerando 50— de lo que Panayotis Soldatos llama un *continuum integratiff* en el cual los diversos elementos cobran significado en una visión de conjunto, de una realidad ordenada en función de un proceso de integración”.¹² De donde se observa que el Tribunal Arbitral no ha dudado en recurrir a las fuentes de derecho comunitario europeo para aplicar fuentes de derecho de la integración comparadas. La aplicación de principios generales del derecho internacional, conforme también lo admite el Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias, también ha sido considerada en el laudo en un capítulo que abarca los considerandos 56 a 63 y donde se comienza afirmando el principio de cumplimiento de los tratados (*pacta sunt servanda*), como norma fundamental originaria del derecho romano y el principio de buena fe, ambos ratificados por abundante y pacífica jurisprudencia de tribunales internacionales.¹³

En tal sentido, y por aplicación de tales principios, considera el Tribunal Arbitral en el considerando 62 que en el contexto de los procesos de

11 Laudo Arbitral, considerandos 49 y 50.

12 *Le Système Institutionnel et Politique des Communautés Européennes dans un Monde en Mutation*, Bruylant, Bruxelle, 1989, pp. 115-117.

13 De la Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo, “El derecho de los tratados y la Convención de Viena”, *La Ley*, Buenos Aires, 1970, pp. 275-279, citado expresamente por el Tribunal Arbitral.

integración de las respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados parte en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales, agregando que es con ese marco conceptual interpretativo como el Tribunal aborda su tarea. Cabe en consecuencia concluir, que la importancia de este primer laudo radica en que, más allá de su resultado favorable para nuestro país, configura un extenso cuerpo de doctrina que merece una lectura detenida en su totalidad. Se desprende un interés de los árbitros que ha trascendido la solución concreta del caso para elaborar una primera aproximación interpretativa desde el derecho del MERCOSUR.

En su primer laudo, el Tribunal Arbitral creado por el Protocolo de Brasilia se ha pronunciado a favor de la conformación de un sistema jurídico que fundamenta una comunidad de derecho, proceso que no es estático ni se encuentra definido *a priori*, sino que, por el contrario, se va desarrollando (*in fieri*) . El tránsito desde el Estado de derecho clásico hacia una comunidad de derecho ha sido materia de definición por el Tribunal de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, que se ha referido a las normas del derecho regional como “carta constitucional de base”. Tal consideración es coincidente con el valor y el objetivo que el MERCOSUR representa como opción estratégica.

En opinión de Sola, el MERCOSUR es una comunidad o sistema de derecho, no solamente del derecho internacional sino también del derecho interno de cada país. Dice el autor citado: “Es una comunidad de derecho porque tiene un conjunto de normas constitutivas, que establece órganos con capacidad de creación de derecho y un arbitraje obligatorio para la solución de controversias”. Es decir las normas del MERCOSUR son, no sólo normas internas para Argentina, y por lo tanto son parte del derecho interno de sus condiciones de validez.¹⁴ Sostiene que el fundamento de la operatividad se encuentra en su naturaleza misma; pudiendo utilizarse en tal sentido los argumentos mencionados por John Marshall para la supremacía de la Constitución.

Nuestra visión es más moderada. Sin perjuicio de compartir en nuestro ánimo el anhelo integrador, no vemos tan claro el fundamento de la operatividad que, si bien surge de manera directa por imperio del artículo 27

¹⁴ Sola, Juan Vicente, “Un Enfoque comparativo entre las normas jurídicas de la Unión Europea y del MERCOSUR”, publicado en *Noticia do Direito Brasileiro*, núm. 5, 1er. semestre de 1998, Universidad de Brasilia, Facultad de Dereito.

de la Convención de Viena y de los compromisos asumidos por la nación en el ámbito internacional, creemos que esa operatividad es indirecta porque no deriva de una fuente propia comunitaria como, por ejemplo, la Comisión Europea, que no constituye un órgano intergubernamental como los del MERCOSUR, sino una institución de carácter comunitario por habilitación constitucional de los Estados miembros. Queda pendiente la habilitación constitucional (artículo 75 inciso 24), que es donde se asienta la decisión soberana.

Tal prevención, no impide, sin embargo, admitir un proceso de formación o de tránsito hacia una comunidad de derecho. El asiento normativo de tal construcción se encuentra actualmente en los artículos 38 a 42 del Protocolo de Ouro Preto. El artículo 41 establece que son fuentes jurídicas del MERCOSUR el Tratado de Asunción, sus protocolos e instrumentos adicionales y complementarios; así como los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; y las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

El artículo 42 del mismo Protocolo establece que las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país; de donde surge con claridad que el pretendido “derecho derivado del MERCOSUR” no es directamente operativo (*self executing*), sino que depende de la habilitación legislativa de cada Estado al tratarse de un sistema de carácter intergubernamental. Tal criterio se ve confirmado con el texto del artículo 38 en cuanto establece que los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2o. del Protocolo. Los artículos 39 y 40 se refieren al importante tema de la publicación y al procedimiento de internalización de normas.¹⁵

15 Artículo 39: Serán publicados en el Boletín Oficial del MERCOSUR, íntegramente, en los idiomas español y portugués el tenor de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de los Laudos Arbitrales de solución de controversias, así como cualquier acto al cual el Consejo del Mercado Común o el Grupo Mercado Común entiendan necesario atribuirle publicidad oficial.

III. ¿HACIA EL FIN DE LA EXCLUSIVIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS? A PROPÓSITO DEL TRATADO DE MAASTRICHT COMO CONSTITUCIÓN “SUPRACONSTITUCIONAL”

La formación de un derecho comunitario europeo, diferente del derecho de los Estados parte, constituye una realidad que permite visualizar en distintas manifestaciones el tránsito desde los distintos Estados de derecho hacia una única comunidad de derecho preservada por órganos comunitarios, entre los que ha tenido singular relevancia el Tribunal de Luxemburgo. La legislación de los distintos países no sólo se ha armonizado sino que en algunos temas está unificada. Esa tendencia se ha visto reforzada con el Tratado de Maastricht que en 1992 permitió cruzar el umbral desde “las comunidades” (CECA, CEE y EURATOM) a la “Unión Europea”, la denominación actual.

El artículo A del Título I del Tratado declara:

Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada “Unión”.

El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos.

La Unión tiene su fundamento en las comunidades europeas complementadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado. Tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos.

El Tratado de Maastricht apareció así como como un documento singular por el mayor compromiso de integración, donde resaltan aspectos

Artículo 40: “Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2o. de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

I. Una vez aprobada la norma, los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

II. Cuando todos los Estados partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR comunicará el hecho a cada Estado Parte;

III. Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

referidos a la unión monetaria y a las políticas poblacionales. La superación de la categoría de “mercado común” por una estructura comunitaria más integrada también desde el punto de vista político, económico, laboral y social requirió —desde la perspectiva del derecho— de una cantidad de definiciones en materia de políticas públicas comunes que se vieron reflejadas en instrumentos jurídicos de tal grado de avance que permitieron señalar al documento de Maastricht como una verdadera “constitución europea”.

No hay dudas en cuanto a que el Tratado de Maastricht es un verdadero documento político. Los acuerdos básicos de la CECA, la CEE y el EURATOM han desarrollado sus contenidos de carácter político a partir de objetivos económicos, como la conformación de un mercado europeo único; pero también se ha sumado el Consejo de Europa —organismo político regional europeo— a la etapa final de un acuerdo que pone sobre el tapete el protagonismo que tienen las cuestiones económicas en el plano de las decisiones políticas. Maastricht es un instrumento de política económica —basicamente un acuerdo monetario—, pero es al mismo tiempo el instrumento político fundamental de la nueva Europa integrada.

Tres siglos atrás, la economía tenía poca relevancia práctica en las grandes decisiones de la política internacional: la expansión territorial, la conquista o el deseo de independencia política eran móviles mayores; pero en la actualidad de un mundo globalizado, la lucha por los espacios económicos representa el *leitmotiv*. De eso se trata, de la conformación de un espacio político-económico que preserve la economía, la tradición y la cultura europea de la globalización en la lucha por el poder mundial.

La pregunta que cabe hacerse desde la perspectiva del derecho constitucional es si el Tratado de Maastricht es una constitución en el sentido técnico del vocablo. Parte de la doctrina europea está dedicada a este análisis. El tema ha sido particularmente tratado por el profesor Vlad Constantinesco de la Universidad Robert Schuman de Estrasburgo, en el artículo titulado “Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo” y por el profesor Rainer Arnold, de la Universidad de Regensburg en su artículo “Reflexiones sobre una futura constitución europea”.¹⁶

¹⁶ Ambos artículos están publicados en *Cuadernos Constitucionales*, de la cátedra Fadrique Fuñí Ceriol, Universidad de Valencia, España. También pueden mencionarse otros trabajos sobre el tema: Munch, F., *Prolegomenes a une theorie constitutionnelle des Communautés Européennes*, publicado en la *Rivista di Diritto Europeo*, 1961, p. 127, y el de Hartley, T., “Federalism Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community”, en *American Journal of Comparative Law*, 1986, p. 229.

La primera cuestión que enfrentan los investigadores es analizar la posibilidad de aplicar el término “constitución” en un espacio diferente al del Estado, toda vez que se está ante una realidad a la que se transfiere un poder que se desarrolla en otra esfera y conforme a una lógica diversa de la del Estado, pero en la que el concepto de constitución mantiene plenamente su vigencia en cuanto al principio de limitación y control del poder, así como la protección de los derechos fundamentales.

El marco conceptual del Estado-nación constituye el paradigma a partir del cual fueron pensadas y constituidas las nociones del derecho constitucional moderno. Por tal motivo, las actuales circunstancias obligan a repensar algunas nociones claves del derecho constitucional fuera del marco del Estado, como la soberanía, el poder constituyente, la separación de poderes y la distinción entre derecho interno y derecho internacional, y hasta el concepto de constitución. De manera que uno de los autores citados denomina constitucionalismo europeo al fenómeno que se visualiza como “un movimiento, una tendencia, una emergencia, una dinámica o un devenir más que un ser, un proceso en marcha más que un acervo definitivo”.¹⁷

Se entiende que el Estado en sí mismo es una formulación histórica llamada a evolucionar, a transformarse, y cuya longevidad no debe entenderse como un signo de perennidad. Desde ese punto de vista viene la pregunta: ¿Qué hay de común entre el Estado que surge de la transformación de la sociedad feudal y el Estado contemporáneo? Si la palabra es la misma, ¿quién puede asegurar que la realidad a la que él se refiere es idéntica? ¿No se razona demasiado frecuentemente con esta idea implícita de que el Estado es la forma definitiva de la organización política, como Aristoteles que creía insuperable el horizonte de la *civitas* griega en el momento mismo en que su alumno Alejandro Magno rompía ese marco estrecho y fundaba una nueva forma política: el imperio macedonio?

No se trata de una cuestión superflua encontrándonos en los inicios del siglo XXI, como lo señala el profesor Malinverni —con algún acento hegeliano—: “El continente europeo empieza a tomar forma como espacio indivisible de la misma civilización política. Seguramente todavía no es más que una tendencia. Pero es una tendencia empujada hacia delante por la lógica de la historia”.¹⁸

17 Constantinesco, V., *op. cit.*

18 Citado *ibidem*.

De ese modo, la emergencia de un constitucionalismo europeo se constata en tempranas declaraciones de los organismos regionales y comunitarios: en una decisión del 4 de marzo de 1991, la Comisión Europea de Derechos Humanos calificó al Convenio Europeo de Derechos Humanos como “instrumento constitucional del orden público europeo en el ámbito de los derechos humanos” (RUDH, 1991, p. 201 punto 22 de la decisión de la Comisión). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por su parte, en el dictámen 1/91 indicó que los tratados comunitarios, “pese a estar concluidos bajo la forma de tratados internacionales constituyen, sin embargo, la carta constitucional de una comunidad de derecho” y, ya con anterioridad, la sentencia del 23 de abril de 1986 había señalado: “La Comunidad Económica Europea es una comunidad de derecho en tanto que ni sus Estados miembros ni sus instituciones escapan al control de la conformidad de sus actos a la carta constitucional de base que es el tratado” (asunto 294/83 Rec. 1986, p. 1939).

No obstante lo expuesto, la posición mayoritaria en la doctrina europea es la de interpretar que la supremacía constitucional aún reside en las constituciones de cada uno de los Estados partes, toda vez que los respectivos Tribunales Constitucionales en cada uno de los países son los que en definitiva controlan la constitucionalidad de los tratados comunitarios. En ese sentido pueden encontrarse trabajos de Francisco Rubio Llorente, M. P. Chitti, Manuel Aragón Reyes y Araceli Mangas Martín, entre otros.¹⁹

Si nos basáramos solamente en los textos constitucionales, encontraríamos que ese control está previsto en los siguientes textos: artículo 24 de la ley fundamental de Bonn (artículo 23 en la nueva versión); artículo 14 de preámbulo de la Constitución francesa de 1946; artículo 55 de la Constitución francesa de 1958; artículo 95 párrafos 1 y 2 y artículo 93 de la Constitución española. En España —de modo semejante a Francia— existe la posibilidad conforme al artículo 95, párrafo 2 de la Constitución, de ejercitarse por parte del Tribunal Constitucional un “control preventivo” de normas aplicado a los tratados internacionales basado en su compatibilidad con la constitución. De modo todavía más claro que la Constitución francesa, el artículo 95 párrafo 1 establece que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá una previa revisión constitucional.²⁰

19 Mangas Martín, Araceli, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid, Tecnos.

20 Tribunal Constitucional de España, sentencia 108/1992, *Boletín Oficial*.

Tal criterio guarda coherencia con el concepto de supranacionalidad que ha adoptado la doctrina del derecho comunitario en tanto el mismo no consiste en una relación jerárquica de superioridad del derecho comunitario sobre el derecho interno de cada uno de los países, sino que se trata de una separación de materias en las que los Estados, de manera voluntaria, han decidido delegar competencias mediante mecanismos específicos en cada una de las respectivas constituciones y sujetando tal delegación, según hemos visto, al control de constitucionalidad por parte de los tribunales constitucionales. La supranacionalidad en este caso no tiene nada que ver con la superioridad del antiguo *ius gentium* sobre los pueblos conquistados ni tampoco puede compararse con la subordinación que en el derecho colonial tenía la colonia frente al Estado principal. Otro caso de subordinación jurídica ha sido, por ejemplo, el del *common wealth* británico, que no es tampoco el caso de la supranacionalidad del derecho comunitario.

Frente a estas posiciones clásicas en materia e derecho comunitario, se van abriendo camino otras, según hemos visto, que propugnan un avance más decidido hacia una constitución europea. Para Ch. Reich, la verdadera constitución comunitaria todavía está por llegar, entendiendo que el Tratado de Maastricht ha sido la última revisión de los tratados que utiliza la vía del artículo 236 TCEE, es decir, la vía directa de la negociación internacional, sin contar con el Parlamento Europeo y sin verdadera influencia de los parlamentos nacionales. De lo que se trataría ahora es de establecer las condiciones de un poder constituyente comunitario, en la idea de que se trataría de un procedimiento más transparente y más democrático.²¹

Pero aún más lejos están quienes califican de constitución europea a las reglas fundamentales contenidas en los tratados comunitarios (consolidadas por Maastricht) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, conforme son interpretados por el Tribunal de Luxemburgo y los órganos de Estrasburgo, respectivamente. Se habla, en ese sentido, de una supra-constitucionalidad, cuya existencia podría afectar a los poderes constituyentes nacionales. El tema remite, nuevamente, al debate sobre la soberanía, toda vez que el planteamiento resulta de la siguiente interrogante: ¿Se hallan los Estados partes de la Unión Europea en un tránsito hacia

21 Estas ideas fueron sostenidas en un proyecto de Marcelino Oreja y están volcadas en un documento conocido como el “Informe Herman” (DOCE núm. C-61 del 28 de febrero de 1994, p. 155).

convertirse en Estados federados (sin soberanía)? O bien ¿la denominada “constitución europea” plantea una gestión compartida de las soberanías de los Estados? Lo interesante del tema justifica su análisis.

Si la soberanía es un *quantum* de poder material (o el monopolio legítimo de la fuerza en el sentido de Max Weber), ésta continúa indiscutiblemente en manos de los Estados. Si esta soberanía es, en el sentido de Carl Schmitt, la capacidad de decidir lo excepcional, aquí también se deberá convenir que aún reside en el nivel de los Estados. Distinto es el caso si se entiende que la soberanía es la competencia para determinar la extensión de su propia competencia: cabría plantearse si en esta concepción los Estados europeos son todavía soberanos.²²

Es aquí donde puede hallarse el segundo sentido del término soberanía: es soberano el poder que tiene calidad para dictar la norma fundamental de una estructura política. El soberano es en tal caso el titular del poder constituyente originario.²³ Ahora bien, ¿cuál es el poder constituyente que correspondería a la emergencia una constitución europea? ¿La cuestión se halla ligada a la del principio de legitimidad que ese poder constituyente tendría vocación de representar?

¿Esta legitimidad pertenece todavía únicamente a los Estados, representados por sus gobiernos, que encarnarían así una legitimidad de carácter internacional en la medida en que la sola calidad de Estado hace de las entidades que la poseen sujetos originarios del derecho internacional habilitados para establecer, mediante acuerdo entre ellos, las normas que los rigen? ¿Al lado de los Estados, debe permitirse al principio democrático que se manifiesta en la elección directa del Parlamento Europeo reivindicar todo o parte de ese poder constituyente?

No debe olvidarse, sin embargo, que el Parlamento Europeo representa a los pueblos de los Estados miembros, y no a un eventual pueblo europeo. Todavía falta un “cuerpo político europeo”, titular de una legitimidad propia y habilitado para confeccionar la norma fundamental de la sociedad política.

22 El Tribunal Permanente Internacional de Justicia declaró en el asunto Wimbledon, el 17 de agosto de 1923 (serie A, núm. 1, p. 25).

23 Véase Spota, Alberto Antonio, *Origen y naturaleza el poder constituyente*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.