
ASPECTOS JURÍDICOS

EL ROL DEL DERECHO EN UN PROCESO DE INTEGRACIÓN

Rita Marcela GAJATE

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco teórico. 3. El tratado de origen. 3.1 Derecho Originario. 3.2. Derecho Derivado. 4. El Derecho de la Integración y el MERCOSUR. 4.1 El Tratado de Asunción. 4.1.1. Graduabilidad, Flexibilidad, y Equilibrio. 4.1.2. El problema constitucional. 4.2. El período de transición. 4.2.1. El Tratado de Asunción ¿Es un tratado marco? 4.2.2. El Protocolo de Ouro Preto. ¿Diseño definitivo? 5. Conclusiones.

1. Introducción

La óptica de estudio que la Ciencia Jurídica ofrece a la desagregación del fenómeno de la Integración Regional es particularmente rica, pues como disciplina dinámica, intenta explicar las nuevas realidades entendiendo que el derecho -a través de la norma jurídica- cumple una doble función: descriptiva e integrativa, pues regula el comportamiento exteriorizado de los hombres que viven en sociedades imponiendo a éstos deberes y facultades.

El perfil jurídico, en relación al proceso identificado, adquiere relevancia. Debe acompañar e instrumentar los objetivos definidos en la integración, asegurar su puesta en marcha y propender al afianzamiento de los compromisos asumidos.

El núcleo problemático que se abordó en este estudio radicó en clarificar la naturaleza del derecho creado en el MERCOSUR y qué consecuencias se derivan de ella en relación al proceso de integración, todo ello a partir de la definición del rol del derecho en un proceso de integración regional. Tal tarea implicó redimensionar su significación instrumental y su grado de incidencia sobre la estructura jurídico-institucional.

A estos fines, se intentó determinar la naturaleza jurídica del derecho creado en el MERCOSUR y se analizó si las constituciones de sus estados miembros posibilitan el surgimiento de este tipo de

derecho.

El Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto fueron la base normativa del objeto de estudio.

2. Marco teórico

Las investigaciones y trabajos relevados como antecedentes del presente, profundizan puntuales aspectos de la dimensión jurídica del MERCOSUR. Observamos que, en tales obras, se encuentra ausente el cuestionamiento acerca del rol del Derecho en un proceso de integración con particular relación al MERCOSUR; por lo que distinguimos nuestro trabajo de aquellos que referenciaremos.

Las raíces del análisis teórico del Derecho en un proceso de integración se encuentran en los juristas europeos que sistematizaron el Derecho Comunitario, lo caracterizaron como autónomo y lo dotaron de estructura científica. Partimos, entonces, de aquellos estudios acerca de la conceptualización del Derecho Comunitario y de la Integración.

Si bien el Derecho Comunitario puede distinguirse como una nueva disciplina jurídica, en opinión de Nicola Catalano existen en ella vínculos e interferencias con el Derecho Internacional tradicional; de allí -entonces- que algunos autores pretendan su inclusión en la mencionada rama del Derecho.

Se distinguen dos enfoques:

- la doctrina internacionalista y
- la doctrina comunitarista.

- Para la primera posición, el Derecho Comunitario se encuentra incluido en el Derecho Internacional pues la temática planteada, las normas que lo rigen, sus instituciones y su origen -el tratado marco- pertenecen a su objeto de estudio pues su contenido está incorporado a tratados suscriptos entre estados soberanos. Se trata de un derecho entre estados. Tales afirmaciones pertenecen a autores de la escuela italiana: Mónaco, Sereni y Stendardi y de la escuela francesa: Reuter, Colliard y Pinto -entre otros-.

-La segunda corriente reconoce la existencia de algunas relaciones del Derecho Comunitario con el Derecho Internacional pero advierte importantes diferencias. Como rasgo distintivo surge la noción de supranacionalidad que opera en una efectiva atribución de

competencias en favor de instituciones creadas. Desde el punto de vista de su contenido, el Derecho Comunitario es derecho interno común en los estados miembros pues goza de aplicabilidad directa respecto de los ciudadanos de los países miembros. Así lo han expresado Catalano, Pescatore, Kapteyn y Van Themart -entre otros-.

La polaridad de concepciones se mantiene en nuestros días, sin embargo se observa que el Derecho Comunitario ha ganado solidez y autonomía científica contando con objeto y método propio de análisis.

La experiencia de la Comunidad Europea comprueba a lo largo de su historia de consolidación del proceso de integración, que su Derecho Comunitario ha posibilitado la concreción de los propósitos fundacionales y la viabilidad los compromisos asumidos.

Las expresadas razones fundamentan nuestro punto teórico de base.

Nicola Catalano fue uno de los primeros juristas en considerar al Derecho Comunitario como una disciplina independiente. Para este reconocido autor, su autonomía científica puede ser comprobada, no tanto en razón del elemento técnico de la materia sino, más bien, atendiendo a la amplitud y organicidad del conjunto de sus normas, a la existencia de principios propios que la gobiernan y a los métodos de examen empleados

Para Pierre Pescatore es clara la necesidad de abandonar las categorías tradicionales del Derecho Internacional -público y privado- para dar cabida a una nueva realidad: el Derecho de la Integración. Entiende que se trata de un verdadero «reacomodamiento» de la soberanía, de una redistribución de funciones dentro de un marco que excede a los estados miembros¹

El Derecho Comunitario o de la Integración (terminología de uso indistinto para los mencionados autores), como orden jurídico autónomo, penetra en los órdenes jurídicos nacionales, ocasionando profundas modificaciones en sus estructuras. La supranacionalidad es el núcleo de este derecho y a su vez el rasgo que lo diferencia del derecho internacional común. Se procura articular así una organización que pueda llevar a destino un proceso de integración sin trabas,

¹ PESCATORE, Pierre. Citado en «Derecho de la Integración en América Latina». INTAL. 1983, pg.8

formalismos y solemnidades propias del derecho internacional ordinario.

El proceso de integración requiere un ordenamiento jurídico propio y supranacional, en el sentido de que los entes de la respectiva organización son dotados por los Estados que lo crean, mediante cesión que éstos les hacen al formarlo, de competencias de ejercicio autónomo, tanto de naturaleza normativa, como administrativa y jurisdiccional, con capacidad para producir regulaciones y resoluciones que sustituyen las de los Estados en la respectiva materia y que gozan de valor uniforme y de iguales efectos en todos los países integrados. Lo dicho constituye la dimensión exacta de la innovación que produjo la integración en el mundo jurídico.²

Las precedentes aseveraciones constituyen las principales líneas teóricas de las que partimos en la presente investigación, ya que han posibilitado el origen del «nuevo derecho» y han sido fuente de posteriores elaboraciones teóricas.

3.El tratado de origen

En el «caso europeo» la finalidad en los tratados de la C.E.C.A y en los Tratados de Roma se manifestó evidente y explícitamente federalista. Se ha sostenido³ que el tratado de abril de 1951 y el de marzo de 1957 fueron proyectados y concebidos como etapas de un ideal: los Estados Unidos de Europa.

El propósito manifiesto, por tanto, fue transferir gradualmente a los organismos comunes las competencias propias de los Estados miembros. Dicho propósito explica la adopción del término *supranacional* adoptado para indicar la absorción de soberanías nacionales en una soberanía común.

Se admite, sin embargo, el origen *convencional* de los tratados sin por ello ignorar que el carácter del instrumento internacional puede existir de la mano de un propósito gradual y sistemático en la fundación de una comunidad.

Los tres tratados fundacionales de las Comunidades Europeas:

² SACHICA, Luis Carlos. «Integración económica y derecho comunitario». en «Derecho de la Integración económica regional». INTAL-BID, Depalma. 1989, pg.65

³ CATALANO, Nicola, "Manual de Derecho de las Comunidades Europeas". INTAL, pgs. 718 y 719

el Tratado de París*, la Carta Fundacional del Carbón y del Acero y los dos Tratados de Roma** y de la Comunidad de la Energía Atómica (Euratom); fueron acompañados de múltiples protocolos adicionales y anexos***. Asimismo numerosos han sido los tratados modificatorios y ampliatorios.****

En función de la descrita profusión normativa, los autores han clasificado y caracterizado, conforme su alcance y propósitos, -en dos categorías-, la naturaleza jurídica de las mencionadas piezas fundacionales.

3.1. Derecho Originario

En el caso de las Comunidades Europeas, se encuentra conformado por el Tratado de la CEE, los acuerdos modificatorios, las actas de las adhesiones de los nuevos miembros y sus respectivos anexos.

El tipo de Derecho que describimos se ubica en la cúspide de la pirámide jurídica del ordenamiento comunitario, y se lo considera, en consecuencia, como *fuerza de validez de todo el ordenamiento*.

El Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto esta «jerarquía» en numerosas oportunidades, especificando que tal aseveración constituye el fundamento, el marco y los límites del poder normativo de las instituciones.⁴

Se ha denominado también a este derecho como *norma fundamental o constitutiva o derecho primario*⁵ cuyas funciones fundamentales serían:

- Crear órganos
- Establecer competencias.
- Formular el ordenamiento de aplicación
- Señalar objetivos

* Firmado el 18 de agosto de 1951

** Firmados el 25 de marzo de 1957. El texto de los tres tratados puede consultarse en MUÑOZ MACHADO, "Código de Derecho Comunitario Europeo", Civitas, Madrid, 1978, Cap. 1.

*** Por ejemplo: el Protocolo de Bruselas de 1957 sobre privilegios e inmunidades y sobre el Tribunal de Justicia.

**** Protocolo de Bruselas de 1965, los tratados presupuestarios de Luxemburgo de 1970, el tratado de Bruselas de 1975, el Acta Unica Europea (Luxemburgo y La Haya de 1986 y finalmente el Tratado de la Unión Europea (Maastrich de 1992)

⁴ Caso Viola 26-78, Rec.1978, pg.1771.

⁵ MELLADO, Noemí y URRIZA, Manuel en «Integración, Derecho Comunitario y MERCOSUR». En «Nuevo Mundo». Año XVII, Nro.1-2. Ene-jun 94, pg.129

- Diseñar el sistema de producción de normas y procedimientos de ejecución del programa.

3.2 Derecho Derivado

Este derecho se posiciona en un grado inmediatamente inferior al derecho originario. Lo constituye la normativa que emana de los órganos comunitarios destinada a instrumentar y procurar los objetivos establecidos en el Tratado.

El poder legislativo o «reglamentario» pertenece a las instituciones comunitarias, en los casos y dentro de los límites que determina el tratado.

Se ha destacado la importancia de este tipo de normativa en el hecho de que el tratado es el marco de referencia donde los objetivos y las políticas a desarrollar se trazan globalmente, dejando a las instituciones comunitarias la tarea de implementarlos en la práctica. El «poder dictar normas» es la herramienta principal con la que cuentan aquellas.⁶ En el caso europeo este derecho se conforma con los reglamentos, las directivas y las decisiones y las recomendaciones y los dictámenes.*

En cuanto a su *formulación* goza de los caracteres de autonomía e incondicionalidad que dotan al acto legislativo de la necesaria libertad para avanzar en la marcha del proceso integrativo. El tratado marco representa siempre el límite. Así la conformidad sustancial o formal a sus estipulaciones operará como control de validez.

En relación a su *vigencia* cabe especificar que se caracteriza como uniforme, directa y obligatoria para países y habitantes sin que requieran su incorporación .

4. El Derecho de la Integración y el MERCOSUR

Consideramos que la experiencia europea no debe transmutarse intacta al caso latinoamericano. De aquella es altamente enriquecedor el estudio sistemático y científico de un proceso original y sostenido.

La sencilla comparación entre el proceso europeo y nuestro

⁶ TEMPESTA, Guillermo. "Una vertiente del Derecho Transnacional" en Revista del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de la Plata, Nº 53, pg. 203.

* Tratado de la Comunidad Económica Europea, art. 189.

MERCOSUR demuestra los límites de la incipiente iniciativa y -concretamente- en relación a la implementación de un sistema supranacional de integración. Tales límites devienen de varios campos.

Así, -entre otras- se advierte que aunque las constituciones de los países miembros contemplan la posibilidad de la Integración⁷ no se ha avanzado más allá de una relación propia del derecho Internacional público.

El Tratado de Asunción no identifica las fuentes de derecho y por lo tanto, no es posible extraer conclusiones categóricas sobre la aplicación directa y la primacía de las decisiones del Consejo Mercado Común o las resoluciones del Grupo Mercado Común sobre el derecho interno. En los hechos se estaría generando un derecho comunitario derivado, pero cuya aplicabilidad inmediata en los países miembros no estaría asegurada⁸

En sentido estricto es corriente asimilar el derecho de la integración a los ordenamientos jurídicos comunitarios pero en América Latina se ha advertido que los modelos extra-regionales deben ser considerados con prudencia, en tanto constituyen fuente de inspiración para nuestros juristas⁹. «El Derecho de la Integración Europea es el instrumento jurídico de un proceso de integración concreto, desarrollado entre pueblos con características económicas y políticas especiales»¹⁰.

Tomaremos las categorías analíticas emanadas del «caso europeo» para someter al MERCOSUR a un análisis cuyo fin será la determinación de la naturaleza del derecho creado por este nuevo esquema de integración.

Si bien el Derecho de la Integración no se agota en los tratados fundacionales porque las necesidades impuestas por el desarrollo económico tienden a convertirlo en un ordenamiento abierto de permanente interacción entre los sistemas jurídicos nacionales y

⁷ AGUINIS, Ana María. «Empresas e inversiones en el MERCOSUR». Ed. Abeledo-Perrot, Argentina. Pgs.16 y 17

⁸ Idem.

⁹ INTAL. en el Prólogo al «Manual de derecho de las Comunidades Europeas» de Nicola Catalano, pg. XIII, op. cit.

¹⁰ CONESA, Eduardo y ORIA, Jorge; en Prólogo de «El Derecho de la Integración Latinoamericana». INTAL. Bs.As.-Argentina. 1983

regionales. Tomaremos el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto como bases documentales para nuestro estudio.

4.1.El Tratado de Asunción

4.1.1.Graduabilidad, flexibilidad y equilibrio.

El tratado de Asunción define un particular modo de integración entre sus cuatro países firmantes consistente en la creación de un Mercado Común al 31 de diciembre de 1994. Compromete un singular e indubitado grado de integración: el *Mercado Común**

Cinco pilares básicos sustentan dicho emprendimiento:

- La libre circulación de bienes, servicios y factores de la producción;
- El arancel externo común;
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales;
- La armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes;
- La reciprocidad de derechos y obligaciones**

El programa presentado en el Tratado Fundacional del MERCOSUR ha basado su ejecución en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio. Los tres conceptos informan, dan sentido y contenido a todo el proceso de creación y conformación del MERCOSUR, y deben ser aplicados en cada etapa y en cada negociación relativa a los derechos y deberes de las partes.¹¹

-En relación al primer principio *-gradualidad-* cabe precisar que se trata de concretar el mercado común por etapas sucesivas y de intensidad creciente.

- El principio de *flexibilidad* invita a reconocer situaciones especiales, permitiendo el retiro circunstancial y excepcional de ventajas otorgadas cuando sostener cierta medida implica afectar el anterior principio. Importa reconocer que muchas veces el ritmo que se imprimirá podrá ser variable, e incluso en algunas circunstancias admitir cierto retroceso, cuando circunstancias excepcionales así lo requieran.

* TRATADO DE ASUNCION. 26-3-1991. T.O. Ley 23.981 B.O.N. 14-8-91. Conf. art. 1º «Los estados Partes deciden constituir un Mercado Común que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994...»

11 TRATADO DE ASUNCION. Conf. arts. 1 y 2.

11 GROSS ESPIEL, Héctor. «El Tratado de Asunción: una aproximación a su problemática jurídica». Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo». Julio-diciembre de 1991, N°1, pg. 21

- El *equilibrio* determina la base sobre la cual el desarrollo del proceso intenta ser armónico. De esta manera las modalidades adoptadas no deberán reflejar perjuicio para una parte y beneficio para otra. El principio significa compartir y distribuir tanto el costo social y económico como los beneficios de la integración.

Los mencionados principios fundantes del Tratado de Asunción tienen su origen en los acuerdos Argentino-Brasileños -antecedentes inmediatos del MERCOSUR- y han sido transferidos «ipsis litteris» al tratado en análisis.

Dichos conceptos se repiten en el texto del tratado. Cualquiera de estos principios tendrá eficacia directa cuando produzcan consecuencias. De lo contrario serán componentes del *contexto* del tratado y servirán para su interpretación.

Luego del precedente análisis pueden establecerse tres conclusiones:

- El establecimiento del MERCOSUR se dará por etapas sucesivas, en escala creciente de intensidad.

- Las disposiciones, los planos, los plazos y todo lo que en más se desee respecto del MERCOSUR no tendrá carácter rígido, será maleable.

- Los intereses en juego, así como las ventajas resultantes, deberán ser proporcionalmente equivalentes para todos los países.

Pero la conclusión relevante sobre el particular consiste en comprender que bajo la influencia de los principios analizados el Tratado de Asunción no tiene el carácter de «**definitivo**»; pues puede ser superado, complementado, actualizado y deberá aceptar tantas modificaciones o normas complementarias como requerimientos se produzcan.

El Acta de Buenos Aires definía (en 1986) como principio de elaboración y ejecución del programa la *graduabilidad* en base a períodos anuales de definición, negociación, ejecución y que el programa sería *flexible* en la forma de ajustar su alcance, su ritmo y sus objetivos. También sería *equilibrado* en el sentido de que no se debía introducir una especialización de economías en sectores específicos y que -asimismo- debía propender a una integración intra-sectorial que buscara un equilibrio cuantitativo, cualitativo y progresivo en el intercambio de sectores.

El proyecto citado se proponía como principio el de *simetría*.

El Tratado de Asunción mantiene la tradición del texto de referencia, mas no con los alcances de los acuerdos bilaterales.

Los principios se encuentran explicitados en el preámbulo, lo que determina una especial valoración jurídica. Dicha fuerza jurídica será relativa, pues en caso de conflicto, no prevalecerán sobre otras disposiciones del tratado o de actos de él derivados .

Se los ha calificado como *programáticos* ya que no afectan los actos de ejecución¹². En sentido concordante creemos que los principios analizados debieron enunciarse en el cuerpo del tratado para gozar así de la característica de *operativos* y ser guía de interpretación en conflictos y controversias.

Se caracterizan por ser normas desprovistas de eficacia directa y contener los elementos delineadores del *modelo de integración* que se pretende instituir.

Se han incluido así los mecanismos básicos del MERCOSUR atinentes a sus objetivos, comprendiéndose aquí obligaciones implícitamente asumidas por las partes contratantes, como consecuencia de un *deber de lealtad* para con los demás.

4.1.2 El problema constitucional.

La integración de los Estados en una comunidad supraestatal no suscita mayor problema, por lo menos en los aspectos fundamentales, cuando la Constitución de los estados miembros autoriza o prevé la integración de los estados. Asimismo, tampoco suscita problemas si la prohíbe¹³ Sin embargo el silencio de la Constitución plantea algunos interrogantes sobre la posibilidad de una integración de este tipo.

El problema a dilucidar en este apartado consiste en comprender si los estados firmantes del Tratado de Asunción pueden delegar competencias en organismos supraestatales, sin violentar sus órdenes constitucionales.

El obstáculo conceptual lo constituye la llamada delegación o

¹² ESTRELLA FARIA, José Angelo . "Integración Regional". Ministerio de Relaciones Exteriores, Subsecretaría General de Asuntos de Integración, económicos y de comercio exterior. Núcleo de asesoramiento técnico. Brasilia. 1993, pg. VII

¹³ BIDART CAMPOS, Germán. J. «La posible integración de Argentina en una comunidad supraestatal, a la luz de nuestra Constitución». Argentina. E.D., T. 38. Pgs. 1019-1023

transferencia de competencias estatales a favor de los órganos de la comunidad supranacional. Esta idea significa que el Estado renuncia a ejercer su competencia y además se obliga a reconocer su ejercicio por parte de los órganos supraestatales con la particularidad de que una vez agotada la intervención del Estado en la celebración del Tratado, las decisiones de la comunidad por él organizada, se adoptarán en cada caso sin la participación del órgano del poder del Estado miembro.

Las constituciones de los países del MERCOSUR

Podemos agrupar las Constituciones de los países latinoamericanos conforme su origen histórico y así afirmar que las que datan del S.XIX no podían prever el fenómeno de la integración regional, de nacimiento posterior y contemporáneo. En este primer grupo de cuerpos fundamentales encontramos a la Constitución Argentina.

Otro grupo de países latinoamericanos sancionaron sus constituciones con posterioridad a los tratados de la ALALC y aún de la ALADI, sin embargo no incorporaron en ellas disposiciones viabilizadoras del fenómeno. Entre ellas: las de Bolivia y Chile.

Singular caso lo constituyen las constituciones que hacen una referencia general al proceso de integración. Justamente son los países firmantes del tratado de Asunción quienes se encuentran en esta categoría.

Para analizar las implicancias constitucionales de la Integración, es necesaria la comparación de las constituciones de los países miembros del MERCOSUR. Se transcriben, a continuación, los artículos que contienen normas relacionadas al tema y que ofrecen una posibilidad de estudio comparativo .