

# El Mercosur necesita su Maastricht

*Santiago Deluca\**

## **Introducción**

Desde mediados de la década del 90 a la fecha no han sido pocas las voces que sostienen la necesidad de revisión de los Tratados del Mercosur, en pos de una reorganización institucional, económica y jurídica del bloque que le permita avanzar en el cumplimiento de los objetivos primigeniamente fijados.<sup>1</sup>

Sin embargo, más allá de lo acertado de estas posturas que exigen dotar de mayor eficiencia y eficacia a los órganos del Mercosur, llevar a cabo una reorganización de los esquemas y programas de integración económica y una modificación en la forma establecida para la toma de decisiones, tanto como a la metodología de incorporación normativa por los Estados Parte, todos estos análisis pasan por alto un dato de relevancia.

Es que si se toma en consideración la evolución del bloque, resulta imperioso señalar también la necesidad de una reorganización política que defina con claridad las distintas aristas que se desprenden de la existencia misma del Mercosur. Y para ello se requiere su reconocimiento y regulación expresa en forma preliminar.

\* Santiago Deluca Doctor en Derecho. Adjunto interino de Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, UBA. Especializado en Relaciones Internacionales, en Derecho de la Competencia Europeo y Español y, en Administración y Gestión de Instituciones Públicas. Ex Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

1. Sobre el particular MAITO, M.A, *Reformulación de las instituciones para la eficacia del Mercosur en la integración económica*, La Ley, 1ra. Ed., 2011, pp. 1-3, entre muchos otros.

En tal sentido, el Laudo N°1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) en el marco de la presentación de la República del Paraguay bajo el procedimiento de urgencia por la cual cuestionó la legalidad de la decisión de Argentina, Brasil y Uruguay de suspenderlo en sus derechos como Estado Parte del Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia e incorporar en forma definitiva a la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte “*pleno*” del bloque, puso al descubierto la afirmación precedente.

En este contexto, el presente trabajo se orienta al análisis de la jerarquía normativa del Mercosur a la luz de la pieza jurídica del TPR, para determinar aquellos aspectos que—sin lugar a dudas— representan avances de trascendencia dentro del marco jurídico-normativo del proceso de integración. Con el objetivo último de demostrar la necesidad de encarar una reorganización normativa general que dote al Mercosur de una base jurídica sólida, capaz de encauzarlo en la medida de los requerimientos actuales.

## **1. Consideraciones preliminares: fuentes del derecho del Mercosur**

Como ya he tenido oportunidad de referir,<sup>2</sup> el núcleo central y cuantitativamente preponderante de las fuentes del derecho del Mercosur está representado por lo que se conoce como *fuerza primaria*, que nos ubica frente al Tratado de Asunción (tratado constitutivo, TA)<sup>3</sup> y sus Protocolos Adicionales. Y *fuentes derivadas*, conformadas por las normas contenidas en los actos adoptados por sus Órganos en aplicación de dicho Tratado y sus Protocolos.

Pero además, debe reconocerse la existencia de aquel otro derecho constituido por el conjunto de normas aplicables en el ordenamiento jurídico del Mercosur —incluso no escritas— que se traducen en actos atípicos o *sui generis*, como los principios generales del derecho o la jurisprudencia, o cuyo origen es exterior al ordenamiento jurídico del bloque, como el derecho surgido de las relaciones exteriores o el derecho complementario ema-

2. DELUCA, S. *UNIÓN EUROPEA y MERCOSUR: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, cap. II.

3. En adelante TA.

nado de los actos convencionales celebrados entre los Estados Parte para la aplicación del TA.

En este sentido, a los efectos de permitir el correcto desarrollo del proceso de integración, el Protocolo de Ouro Preto<sup>4</sup> enumera taxativamente las fuentes jurídicas del Mercosur, fija una prelación normativa y establece un orden. Es decir, una imposición racional entre las normas que lo integran y una relación de subordinación y jerarquía,<sup>5</sup> clasificándolas en tres grupos diferentes.<sup>6</sup>

### *1.1. El derecho originario del Mercosur*

El TA junto a los Protocolos adicionales y demás acuerdos suscritos por el Mercosur que lo modifican y complementan constituyen las fuentes de derecho primario u originario. Todos estos instrumentos integran lo que en la doctrina se ha denominado “normas constitucionales de la comunidad”.<sup>7</sup>

Esta norma originaria es de carácter jurídico-internacional. Por ello se debe entender que desde el punto de vista material se fundamenta en el consentimiento estatal, formado a través de los procedimientos constitucionales de cada uno de los Estados miembros e instrumentado a través de la manifestación del consentimiento prevista en el sistema jurídico internacional para los Tratados celebrados en forma solemne.<sup>8</sup> Pero desde el

4. En adelante POP.

5. SAN MARTINO DE DROMI, M.L. *De la nueva historia del Derecho. A propósito del objeto, método y fuentes del Derecho del MERCOSUR*, Ciudad Argentina, 1997, p. 100.

6. JARDEL, S., BARRAZA, A. *MERCOSUR: aspectos jurídicos y económicos*, Ciudad Argentina, 1998, pp. 83-85. Resultan interesantes los planteos y cuestionamientos que efectúan los autores respecto de la implicancia y finalidad de la enumeración que lleva a cabo el artículo 41 POP.

7. DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A., RIVERA, J.C., *Derecho comunitario: régimen del MERCOSUR*, Ciudad Argentina, 2da. Ed, 1996, pp. 148-149.

8. Profundizar en PEROTTI, A. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Asimismo, se recomienda la lectura de KLEIN VIEIRA, L., “La reforma de las constituciones de los Estados Partes del Mercosur”, en LL de 25 de julio de 2012, pp. 4-7, toda vez que la autora además de plasmar sus conclusiones sobre el análisis efectuado realiza

punto de vista formal, por el contrario, nos encontramos frente a normas convencionales internacionales sujetas a las reglas del derecho internacional en materia de tratados, es decir a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.<sup>9</sup>

Por su parte, el Tratado, en cuanto “constitución comunitaria”,<sup>10</sup> es la norma suprema que sirve tanto de parámetro de validez como de interpretación del ordenamiento jurídico comunitario y del derecho nacional con él conectado, salvo en lo concerniente a los propios textos constitucionales internos que, soportes del texto constitucional comunitario por cuanto en ellos está el origen de la integración de cada Estado miembro, pueden dar lugar en caso de incompatibilidad a situaciones extremas de denuncia del Tratado o de reforma constitucional interna.

Por último, corresponde destacar que el TA junto a los instrumentos que lo complementan es un tratado-marco o tratado institucional. De tal manera, implanta un ámbito de integración económica general, limitándose en sus preceptos a establecer un marco institucional que habrá de completarse posteriormente por normas de alcance más concreto que aproximen la regulación del Tratado a las realidades en él contempladas.<sup>11</sup>

---

una minuciosa labor de investigación en torno a las diferentes posturas imperantes en la doctrina de los Estados Parte del Mercosur.

9. Suscripta el del 23 de mayo de 1969.

Sobre el tema MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, 2da. Ed., 1999, pp. 170-171; FLOREAL GONZÁLEZ, F., “MERCOSUR: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio”, en L.L., año LXIV, N° 61, p. 2.

10. ALONSO GARCÍA, R. *Derecho Comunitario: sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces., 1994, p. 213. Por su parte, tratándose de un análisis ajustado al Mercosur, entiéndase que al hacer referencia al término comunidad o comunitario no se alude al derecho comunitario, sino al concepto o idea de un todo o esquema de integración que no por ello le son aplicables los principios surgidos de aquellos modelos de carácter supranacional –por caso la UE o la CAN.

11. MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, 2da. Ed., 1997, p. 456. Concordantemente, aunque respecto del caso europeo, ha expresado que “...cabe preguntarse ¿cuál es la naturaleza de las disposiciones que se contienen en los Tratados? En primer lugar, el Tratado C. E. C. A. es un Tratado-ley, es decir, que contiene disposiciones materiales que forman un conjunto completo y coherente. En otras palabras, las modalidades de integración carbón-acero encuentran directamente

Comentario aparte merece el caso particular de algunos Protocolos Adicionales al TA. Al respecto, desde la creación del Mercosur se han firmado y ratificado una gran cantidad de instrumentos jurídicos, Protocolos entre ellos, que si bien se ven revestidos de todas las características que el derecho internacional prevé para su validez, no es posible incluirlos dentro de lo que se considera el derecho primario u originario.

En efecto, tales instrumentos, más allá de poseer una indudable trascendencia jurídica y política, han adquirido una naturaleza que lleva a incluirlos dentro de las denominadas fuentes derivadas; aunque estrictamente no lo sean. Ya que estos Protocolos poseen un carácter instrumental con el fin último de dotar de operatividad al proceso de integración o de armonizar jurídicamente la legislación de los Estados Parte y no definirlo.<sup>12</sup>

### *1.2. El Derecho Derivado del Mercosur*

Como se dijo al comienzo de este apartado, los actos unilaterales de los Órganos del Mercosur constituyen el segundo conjunto de fuentes de derecho. Se trata en el caso de derecho convencional sino de un derecho legislado. A ese conjunto de actos que se produce como consecuencia de las

---

sus fuentes en el Tratado C. E. C. A. El segundo lugar [...] el Tratado C. E. E. es un Tratado-marco. Es decir, fija los objetivos mientras que los modos de realización deberán ser precisados mediante actos concretos de las Instituciones comunitarias. Se trata, por tanto, de un Tratado redactado en términos muy amplios y que posteriormente ha de irse desarrollando en todos y cada uno de los aspectos que en el mismo se relacionan, a fin de hacer efectivos y alcanzar los objetivos y fines que en él se contienen [...] sólo va a ser un marco en el que se refleja el amplio contexto dentro del cual habremos de situarnos para lograr encauzar la consecución de los fines previstos [...] En tercer lugar, el Tratado C. E. E. A. es un Tratado mixto en cuanto a la naturaleza de sus disposiciones; de una parte es un Tratado-marco y de otra es un Tratado-ley...”

12. RUIZ DÍAZ LABRANO, R., *MERCOSUR. Integración y Derecho*, Ciudad Argentina, 1998, pp. 522-523.

Sólo a modo de ejemplo pueden citarse el Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa –de 27 de junio de 1992–, el Protocolo de Buenos Aires relativo a integración educativa y reconocimiento de certificados, títulos y estudios de nivel primario y medio no técnico –de 5 de agosto de 1994– o, el Protocolo de Asunción relativo a la armonización de normas sobre propiedad intelectual –de agosto de 1995, entre muchos otros.

competencias atribuidas por el TA y sus Protocolos adicionales a los Órganos, comúnmente se denomina derecho secundario o derivado.<sup>13</sup> Este tipo de normas se encuentran previstas por el POP en diversas partes de su articulado, estableciendo los Órganos capacitados para emitir las y el carácter con el que cada una de ellas se ve investida.<sup>14</sup>

Adoptando un criterio representado por la importancia o jerarquía del Órgano que las emite, se encontrará en primer término a las Decisiones. Normas de mayor jerarquía que representan la expresión por la cual se manifiesta el Consejo Mercado Común,<sup>15</sup> que al emanar del órgano político del Mercosur regulan todos aquellos aspectos fundamentales que hacen a la consolidación del Mercado Común.<sup>16</sup> Estas normas son “*obligatorias para todos los Estados Parte*”,<sup>17</sup> peculiaridad que al relacionarla con el artículo 42 POP<sup>18</sup> no hace más que reafirmar la primacía y obligatoriedad que revisten en el ámbito jurídico del proceso de integración.<sup>19</sup>

13. El derecho derivado se encuentra constituido por los actos emanados de los Órganos del bloque, aunque no todos estos actos son jurídicamente vinculantes ni todos los actos vinculantes son propiamente normativos.

14. Si bien seguidamente me referiré a estas normas de derecho derivado, véanse, acaso, los artículos 10 y 13 T A o 9, 15 y 20 POP.

15. En adelante CMC.

16. SAN MARTINO DE DROMI, M.L., *op. cit.*, pp. 108-109.

Ejemplos de lo expuesto las CMC/Decs. N° 6/99 sobre Coordinación de Políticas Macroeconómicas, N°17/98 sobre Reglamentación del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, N°3/98 respecto del Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, N°17/97 sobre la Eliminación de Restricciones No Arancelarias o N° 25/97 relativa a la Prórroga de la vigencia del “Plan Trienal para el Sector Educación en el Contexto del MERCOSUR”.

17. Artículo 9 POP.

18. Artículo 42 POP “Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el art. 2° de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.”

19. Aunque como tuvo oportunidad de afirmar el Tribunal Permanente de Revisión en ocasión de emitir la Opinión Consultiva N°1/2008, reiterado en la Opinión Consultiva N° 1/2009, en su Apartado N° 34, esta primacía normativa se verifica “...desde su ratificación, incorporación o internalización, según sea el caso, respecto de toda disposición interna de los Estados Parte que le sea contrapuesta sobre materias de la competencia

Luego aparecen las Resoluciones del Grupo Mercado Común,<sup>20</sup> que junto a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur<sup>21</sup> ocupan el segundo rango en cuanto a su importancia jurídica. En su carácter de “autoridad ejecutiva”,<sup>22</sup> el GMC se ve obligado a emitir resoluciones que abarcan un vasto espectro de materias relacionadas con asuntos generales, institucionales, económicos o reglamentarios. De tal manera, acoge las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el CMC, fija programas de trabajo, se pronuncia en materia financiera y presupuestaria, regula las cuestiones que hacen a la circulación de las personas, bienes, capitales y servicios entre los países miembros y en relación con terceros, etcétera.<sup>23</sup>

En definitiva, las resoluciones procuran, y ésta es la idea subyacente, ordenar el intercambio entre los Estados parte no sólo para favorecer el comercio sino también para alcanzar la calidad del producto y la protección del consumidor.<sup>24</sup> No obstante, resulta adecuado agregar que no sólo fines exclusivamente económicos son los que ocupan la actividad normativa del GMC, ya que éste también se pronuncia sobre aspectos sociales, culturales y de las más diversas índoles.<sup>25</sup>

---

legislativa del Mercosur”. Es decir, en tanto y en cuanto la norma se encuentre vigente.

20. En adelante GMC.

La prelación jerárquica está determinada por el hecho de ser el GMC el órgano ejecutivo del Mercosur. Desprendiéndose el fundamento de ello del artículo 10 POP que establece textualmente “El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR” y, en tal sentido, conforme a su artículo 15 “...se pronunciará mediante resoluciones...”

21. En adelante CCM.

22. DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A., RIVERA, J.C., *op. cit.*, p. 154, entre otros.

23. Respecto de las funciones del Grupo Mercado Común, JARDEL, S.; BARRAZA, A., *op. cit.*, pp. 77-78; BARÓN KNOLL DE BERLOTTI, S., *Administración y gobierno del MERCOSUR*, Depalma, 1997, pp. 123-125; RIMOLDI DE LADMANN, E., “La estructura institucional a partir del Protocolo de Ouro Preto” en *MERCOSUR y Comunidad Euro-pea*, Ciudad Argentina y Depto. Publicaciones de la FCJS UBA, 1995, pp. 211-212.

24. SAN MARTINO DE DROMI, M.L., *op. cit.*, p. 110.

25. Al respecto, tal vez sirva de guía tener presente las GMC/Res. N° 15/99 por la que se crea la Comisión Social Laboral del MERCOSUR, GMC/Res. N° 40/98 relativa a las características comunes que deberán tener los pasaportes, GMC/Res. N° 76/98 sobre la reunión especializada de autoridades de aplicación en materia de drogas, prevención de

Las resoluciones “serán obligatorias para los Estados Parte”<sup>26</sup> y “cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.<sup>27</sup> Consecuentemente, a fin de evitar reiteraciones, sólo resta reiterar al respecto la postura adoptada sobre esta cuestión al hablar de las decisiones del CMC.

El eslabón inferior de la prelación jerárquica lo ocupan las directivas, emitidas por el otro “brazo ejecutor”,<sup>28</sup> es decir por la CCM. Al igual que sucede con las dos normas analizadas anteriormente, se ven revestidas de obligatoriedad para los Estados Partes los cuales, cuando sea necesario, deberán internalizarlas de acuerdo a los procedimientos de sus propios sistemas legales internos.<sup>29</sup>

Finalmente, aunque no recogidas en el TA ni en el ya referido artículo 41 del POP se encuentran las recomendaciones, dictámenes y propuestas. Este tipo de norma, que se presenta como una de las formas más comunes de la actividad consultiva, son declaraciones unilaterales realizadas en ejercicio de la actividad administrativa que desempeñan los Órganos del Mercosur para llevar adelante el proceso de integración, careciendo de todo tipo de efecto jurídico directo o inmediato.<sup>30</sup> En definitiva, sólo valen como consejos o manifestaciones de la opinión de los Órganos que las emiten respecto de una cuestión determinada.

No obstante, no puede negarse la existencia de referencias expresas a tales elementos por parte de diferentes artículos del POP, ni la utilidad que representan en la práctica en el desarrollo cotidiano de los diferentes Órga-

---

su uso indebido y rehabilitación de drogadependientes, GMC/Res. N° 20/98 relativa a la reunión especializada de la mujer, GMC/Res. N° 7/98 sobre emergencias medioambientales

26. Artículo 15 POP.

27. Nuevamente se recurre al artículo 42 POP.

28. SAN MARTINO DE DROMI, M.L., *op. cit.*, p. 110.

Artículo 20 POP “La Comisión de Comercio del MERCOSUR se pronunciará mediante directivas o propuestas. Las directivas serán obligatorias para los Estados Partes”.

29. También definido por el artículo 42 POP.

30. Concordantemente, DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A., RIVERA, J.C., *op. cit.*, p. 154; SAN MARTINO DE DROMI, M.L., *op. cit.*, pp. 110-111.

nos mercosureños. De tal manera, el propio artículo 20 POP al expresar los medios por los que se debe manifestar la CCM establece que a la par de las directivas también lo hará mediante propuestas, aunque a su respecto guarda silencio en cuanto a su obligatoriedad.<sup>31</sup>

No obstante la regla general expuesta para este tipo de normas, es de hacer notar que no todas ellas carecen de carácter vinculante. Puede encontrarse una excepción en los dictámenes clasificatorios emitidos por los Comités Técnicos de la CCM, los cuales luego son aprobados por la propia CCM mediante sus directivas.<sup>32</sup>

## **2. Inserción del Protocolo de Ushuaia en el esquema jurídico del Mercosur**

Tal como se viene exponiendo, las normas jurídicas del Mercosur se clasifican en originarias, derivadas y atípicas o *sui generis*. Dentro de las primeras se encuentra el TA y una serie de Protocolos Adicionales que definen –o definieron– los objetivos económico-comerciales, el sistema normativo, la estructura orgánica y el sistema de solución de controversias. Más concretamente el Protocolo de Ouro Preto,<sup>33</sup> el Protocolo de Brasilia,<sup>34</sup> el Protocolo de Olivos<sup>35</sup> y el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur.<sup>36</sup>

Por su parte, se aclaró que si bien ciertos Protocolos adicionales al TA desde el punto de vista formal son normas de carácter originario, al considerarse su contenido, estructura, alcance e instrumentación en realidad

31. Casos concretos de este tipo de manifestaciones pueden encontrarse cuando en virtud de sus competencias propone al GMC nuevas formas o modificaciones a las normas existentes en materia comercial y aduanera (artículo 19, párrafo 7 POP)

32. En este sentido, se recomienda ver la CCM/Dir N° 6/95 sobre dictámenes de clasificación arancelaria en relación a la Recomendación N° 7/95 del Comité Técnico 1 relativa a “Aranceles, Nomenclatura y Clasificación de Mercaderías”. O la CCM/Dir. N° 19/95 relativa a la “opinión consultiva 8.1. del Comité Técnico de Valoración en Aduana”.

33. Suscripto el 17 de diciembre de 1994.

34. Suscripto el 17 de diciembre de 1991.

35. Suscripto el 18 de febrero de 2002.

36. Suscripto el 9 de diciembre de 2005.

merecen ser considerados como instrumentos jurídicos particulares más cercanos a la categoría de norma derivada.<sup>37</sup>

Y, finalmente, se presentaron los diversos tipos de norma derivada expresamente reconocidas como tales por el POP, destacando su prelación jurídica y grado de cumplimiento –obligatoriedad– para los Estados Parte y Órgano emisor.

Ahora bien, si se analizan en esta oportunidad los elementos referidos aplicados al Protocolo de Ushuaia, que incorporó al sistema normativo del Mercosur la denominada “*cláusula democrática*”,<sup>38</sup> podrá advertirse sin lugar a dudas que este instrumento jurídico reviste las características del derecho originario. Sin embargo, resulta interesante señalar que no sólo complementa al TA, sino que también incorpora al esquema una condición *sine qua non* para los Estados Parte y aquellos países que pretendan sumarse al bloque, que dista de tener relación directa con los objetivos comerciales del propio TA, la estructura institucional, su esquema normativo o su sistema de solución de controversias.

En efecto, el PU establece como condición esencial para el desarrollo del proceso de integración la *plena* vigencia de las instituciones democráticas,<sup>39</sup> delimitando su ámbito de aplicación a todas las relaciones resultantes de los acuerdos vigentes entre los Estados Parte cuando se verifique la ruptura del orden democrático en alguno de ellos.<sup>40</sup>

Además, prevé que en el supuesto de verificarse la situación indicada se desplegará un procedimiento de consultas recíprocas entre los Estados Parte y entre éstos y el Estado Parte afectado.<sup>41</sup> Consultas que en caso de resultar infructuosas darán lugar a aplicar medidas que –de acuerdo a la naturaleza, alcance y gravedad de la situación– abarcan desde la suspensión

37. Aunque siguiendo la letra expresa del POP y –más precisamente– sus artículos 9, 15 y 20, no cabría incluirlos en esta categoría de normas.

38. Suscripto el 24 de julio de 1998, del cual destaca particularmente su artículo 5 en lo que a este trabajo respecta. En adelante PU.

39. Artículo 1 PU.

40. Artículo 2 PU.

41. Artículos 3 y 4 PU.

del derecho a participar de los órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del proceso mismo.<sup>42</sup>

En definitiva, nos encontramos frente a una nueva tipología normativa de carácter político-originario, que modifica sensiblemente los análisis y previsiones legales vigentes hasta el momento. Situación que lleva a afirmar que –en última instancia– si bien el PU nace como un Protocolo Adicional al TA, ha mutado para introducir en el núcleo duro o constitucional-constitutivo del Mercosur una condición de carácter eminentemente político cuya revisión en términos de mérito y conveniencia se sustrae al control jurisdiccional de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc o al del mismo Tribunal Permanente de Revisión.<sup>43</sup>

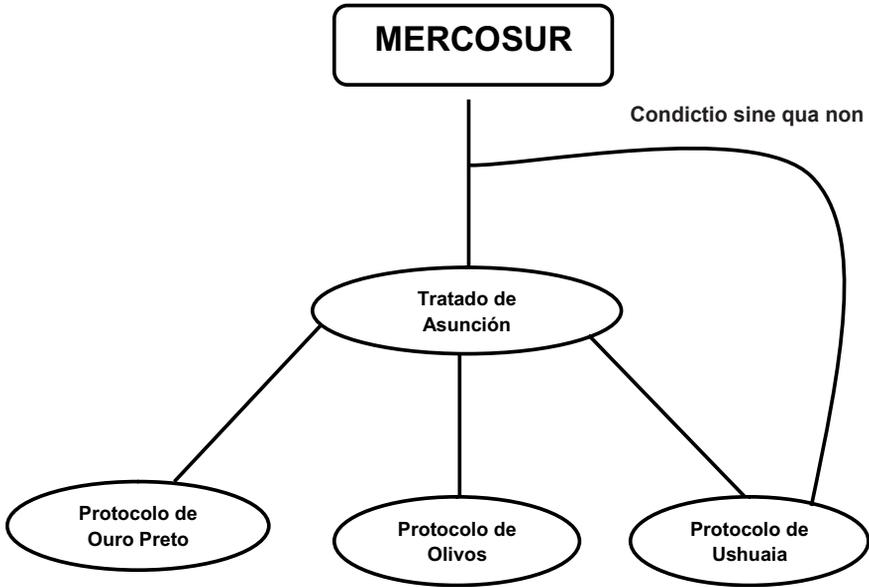


Gráfico 1

42. Artículo 5 PU.

43. En adelante TPR.

### 3. La suspensión de Paraguay y la incorporación de Venezuela

Introducido el planteo ajustado al procedimiento de casos excepcionales y de urgencia ante el TPR<sup>44</sup> por la República del Paraguay ante la férrea reacción de los presidentes de los restantes Estados Parte ante lo que consideraron un “*golpe de estado parlamentario*”, la primera circunstancia que merece destacarse –aún bajo riesgo de repetición– es que los únicos actos jurídicos normativos vinculantes del Mercosur son aquellos emanados de sus órganos con capacidad decisoria. Es decir, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM.<sup>45</sup>

Seguidamente, que a diferencia de lo que acontece en otros procesos de integración como el Europeo,<sup>46</sup> en el caso del Mercosur las Cumbres o reuniones de Jefes de Estado no se encuentran legalmente legitimadas como parte integrante del esquema institucional del bloque, pese a ser éstos –los Jefes de Estado– los responsables nacionales del desarrollo de la política exterior de sus países. En consecuencia, se trata de una práctica *ad hoc* cuya única función es dotar al proceso de impulso político.<sup>47</sup>

Más aún, adviértase que pese a reconocer el PO diferentes fuentes de derecho invocables y aplicables a los casos en que pudiera entender y se vieran involucrados los Estados Parte, no se recogió la posibilidad de que los Órganos del Mercosur o los gobiernos de sus Estados Parte recurran a

44. CMC/Dec. N° 23/04, reglamentaria del art. 24 del Protocolo de Olivos (PO).

45. En tal sentido, el artículo 2 POP “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.”

Y, como ya se ha señalado, obsérvense también los artículos 9, 15 y 20 POP.

46. Incorporado al esquema institucional de la Unión Europea como consecuencia de las reformas introducidas al Tratado de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007 –artículo 13 del TUE.

47. Repárese que el propio POP en su artículo 1 prevé que “La estructura institucional del MERCOSUR contará con los siguientes órganos: 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 (CPC); V - El Foro Consultivo Económico-Social (FCES); VI - La Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM).” Y en su párrafo único final que “Podrán ser creados, en los términos del presente Protocolo, los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.”

normas *sui generis* para extender la responsabilidad jurídica –y consecuentemente obligatoriedad de dicho acto– a casos que no se encuentren expresamente previstos por el TA y sus Protocolos adicionales.<sup>48</sup>

Por ende, cabría concluir que la suspensión impuesta a Paraguay por medio de una resolución de los presidentes de los restantes Estados Parte carecería de legitimidad jurídica. Es decir, no existió un acto jurídico normativo expreso que dispusiera tal suspensión, sólo se contó con un pronunciamiento carente de validez y legitimidad jurídica.

Pero si se acepta que ese acto *sui generis* de carácter eminentemente político es válido como generador de obligaciones y derechos de forma especial, así como en otros supuestos se ha aceptado la legitimidad de la creación de derechos y obligaciones producto de los acuerdos con terceros Estados y bloques de integración con los cuales se vincula el Mercosur, no debe perderse de vista que la suspensión lo fue sólo en los derechos –participación, voto y veto– y bajo estricto cuidado de no afectación económica o comercial al Paraguay.

En consecuencia, resulta imposible conculcar el derecho adquirido por el Paraguay para vetar el ingreso a Venezuela, cuyo Protocolo de Adhesión se suscribió en fecha anterior a su suspensión.<sup>49</sup> Circunstancia que no sólo

48. Artículo 34 PO “1. Los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia.

2. La presente disposición no restringe la facultad de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* o la del Tribunal Permanente de Revisión cuando actúe en instancia directa y única, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de decidir la controversia *ex aequo et bono*, si las partes así lo acordaren.”

A lo cual agrega el artículo 41 POP “Las fuentes jurídicas del MERCOSUR son: I - El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; II - Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; III - Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.”

49. Firmado en la ciudad de Caracas el 4 de julio de 2006, incorporado legislativamente por Argentina, Brasil y Uruguay y pendiente de aprobación por parte del Congreso de la República del Paraguay.

no se adecúa a los parámetros establecidos por el mecanismo de vigencia simultánea de las normas del Mercosur,<sup>50</sup> sino que tampoco se encuentra habilitada por norma alguna de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.<sup>51</sup>

Así pues, la incorporación de Venezuela al Mercosur resulta ilegítima, aun ante la posibilidad de considerar que mantener la situación de prolongación en el tiempo del trámite parlamentario requerido para ratificar el Protocolo de Adhesión podría cuestionarse jurídicamente bajo los términos de la mencionada Convención de Viena.<sup>52</sup>

Por último, en cuanto a la procedencia de dicho reclamo, no puedo más que sostener que de haber contado Paraguay con el acuerdo previo de los demás Estados Parte no hubiera cabido duda de su procedencia, toda vez que el propio PO y el procedimiento especial al que se acudió establecen la jurisdicción del TPR en supuestos como el que nos ocupa.<sup>53</sup>

50. Artículo 40 POP “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 2 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.”

51. Firmada el 23 de mayo de 1969 en la ciudad de Viena y actualmente vigente respecto de los cuatro Estados Parte del Mercosur.

52. Artículo 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado...”

53. Art. 2 - Cualquier Estado Parte podrá recurrir ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) bajo el procedimiento establecido en la presente Decisión “...siempre que se

Esta ausencia, sumada a la interpretación de mayoría dada por el TPR respecto de la exigencia de verificación de los requisitos de admisibilidad previstos por CMC/Dec. N°23/04 en forma taxativa,<sup>54</sup> privó a Paraguay de contar con un pronunciamiento jurisdiccional que respondiera con la celeridad que el caso requería.<sup>55</sup>

---

cumplan los siguientes requisitos:

a.- que se trate de bienes perecederos, estacionales, o que por su naturaleza y características propias perdieran sus propiedades, utilidad y/o valor comercial en un breve período de tiempo, si fueran retenidos injustificadamente en el territorio del país reclamado; o de bienes que estuviesen destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado Parte importador;

b.- que la situación se origine en acciones o medidas adoptadas por un Estado Parte, en violación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR vigente;

c.- que el mantenimiento de esas acciones o medidas puedan producir daños graves e irreparables;

d.- que las acciones o medidas cuestionadas no estén siendo objeto de una controversia en curso entre las partes involucradas.”

54. Considerandos 48 a 52 y Punto dispositivo 3 del Laudo N° 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión en el procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la incorporación de Venezuela como miembro pleno, de 21 de Julio de 2012.

En adelante el LAUDO.

55. Así lo se reflejó en los considerandos 63 a 65 del LAUDO la posición de la minoría “63. En esta opinión, se sostiene que si los Estados Parte demandados a través de sus Jefes de Estado, interpretando el PU, han adoptado una decisión que excluye a Paraguay de participar en los órganos del MERCOSUR, y si el Estado afectado no puede iniciar los procedimientos para una instancia previa al TPR, resulta admisible considerar que estaría habilitado a recurrir de forma directa y no necesariamente por la vía de la Decisión 23/04 en situaciones excepcionales de urgencia.

64. Conforme a la misma opinión, sin entrar a analizar en esta etapa la legalidad o no de la decisión por la cual se suspende a Paraguay, situación que no excluye su condición de Estado Parte, son inadmisibles situaciones en que se desconozca por vía de hecho esta condición o que se impida o imposibilite su acceso al sistema jurisdiccional previsto para el MERCOSUR.

65. Culmina esta opinión minoritaria considerando que resulta evidente que un órgano con vocación y competencia jurisdiccional para resolver los conflictos de los Estados Partes, según el art. 1 del PO, en la situación señalada, debe entender en las medidas excepcionales y de urgencia y expedirse respecto a la legalidad o no de las decisiones de suspensión y de la incorporación de otro Estado como miembro pleno sin haber Paraguay ratificado su incorporación.”

No obstante, por la importancia que reviste para el objetivo planteado en este trabajo, corresponde destacar la interpretación efectuada por el propio TPR al alcance de su potestad jurisdiccional para analizar la legalidad y forma de los actos desplegados por los Estados o los Órganos del Mercosur en asuntos de carácter estrictamente político –aunque no así en cuanto al mérito y conveniencia–. Es decir, al declarar que el PU es justiciable y cuál es límite de esa indagación jurisdiccional.

En tal sentido el TPR afirmó:

*“La jurisdicción del sistema de solución de controversias (...) se extiende racione personae a los Estados miembros del MERCOSUR. Ratione materiae, esta jurisdicción se conforma sobre controversias entre los Estados Partes referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR. No hay, de forma implícita o explícita en el texto del PO, exclusión de jurisdicción con base a la materia objeto de la controversia”.*<sup>56</sup>

*“Por otra parte, se observa que no hay en el PU indicación expresa de foro para la solución de eventuales controversias como tampoco en cuanto a su aplicación o a su interpretación. Sin embargo, el PU indica en su preámbulo la vinculación al conjunto normativo del MERCOSUR, al reafirmar “los principios y objetivos del Tratado de Asunción y sus Protocolos (...)”. Se sabe que el preámbulo no crea obligaciones para las partes de un tratado internacional, aunque integra su contexto, para fines de interpretación”.*<sup>57</sup>

*“En adición, el art. 8 del PU expresamente determina que “El presente Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos Acuerdos de Integración celebrados entre el MERCOSUR y la República de Bolivia y entre el MERCOSUR y la República de Chile”. Resta, por tanto, poco espacio de interpretación en lo referente al locus de las normas invocadas en esta controversia como parte integrante del conjunto normativo del MERCOSUR”.*<sup>58</sup>

56. Considerando 36 del LAUDO.

57. Considerando 38 del LAUDO.

58. Considerando 39 del LAUDO.

*“Se deduce, en consecuencia, que el sistema de solución de controversias abarca las normas del PU en la medida en que afecten o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados Parte. Por lo tanto, no cabe discutir el derecho a recurrir a ese sistema que tiene un Estado Parte que considere que se han vulnerado sus derechos en aplicación de las normas del PU”.<sup>59</sup>*

Lo expuesto lleva a afirmar la necesidad de una reorganización normativa general del bloque, tal como sucediera en el modelo europeo con la firma del Tratado de Maastricht<sup>60</sup> –constitutivo de la Unión Europea–, que sustente al Mercosur político-institucional sobre la base de pilares reguladores de los asuntos comerciales, de cooperación y el sistema de solución de controversias.

## **5. Conclusión: una nueva realidad jurídico-política y la necesidad de un Tratado del Mercosur que la regule**

El proceso de integración del Mercosur es de carácter intergubernamental, por ende los Jefes de Estado en su carácter de máximos responsables de las relaciones internacionales de sus países poseen capacidad y competencia para tomar decisiones de índole político. Sean éstas para crear o eliminar derechos y obligaciones para el bloque en su conjunto o para un Estado Parte en particular.

Conforme la interpretación dada por el TPR al artículo 1.1 PO, la competencia del sistema de solución de controversias del Mercosur respecto de los Estados Parte es amplia y abarca situaciones de conflicto no sólo de índole comercial, sino también penal, derechos humanos y –evidentemente– políticas.<sup>61</sup>

Ante un conflicto de carácter político, el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* que intervenga en la controversia –o el TPR– podrá evaluar la legalidad y el pro-

59. Considerando 40 del LAUDO.

60. Suscripto el 7 de febrero de 1992.

61. GONZÁLEZ GARABELLI, C.A., *Procesos de integración. MERCOSUR. Solución de controversias*, Fundación Konrad Adenauer, 2004, cap. VII. En línea con lo dicho, se recomienda prestar atención al análisis efectuado por el autor.

cedimiento del acto cuestionado, más no sus antecedentes de oportunidad y mérito.

La decisión de suspensión de Paraguay fue adoptada dentro de los límites de legalidad y cumplimiento de formas, mediante una norma jurídica del Mercosur de carácter *sui generis*.

Aun ante la suspensión referida, la incorporación de Venezuela como Estado Parte pleno del Mercosur choca contra la propia normativa mercosureña e internacional, careciendo de validez jurídica.

Sin embargo, por tratarse en ambos casos de decisiones de los Jefes de Estado de índole político, puede asumirse que se trata de una cuestión política no justiciable, cuyo merito o conveniencia escapa al control jurisdiccional del Mercosur. Aunque, en observancia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, quedará vigente la facultad de Paraguay de recurrir a otras instancias internacionales para solicitar la invalidez de la medida adoptada por Argentina, Brasil y Uruguay o –llegado el caso– reclamar la indemnización por eventuales daños y perjuicios, así como justificar su salida del bloque sin mayores requisitos e implicancias.

En resumidas cuentas, el Mercosur evidencia en sus 21 años de vida un desarrollo político, económico y normativo sumamente rico, a la par que disperso, lo cual genera confusión a la hora de la toma de decisiones y control de legalidad.

Consecuentemente, además de resaltar la necesidad de reglamentación del Protocolo de Ushuaia, se estima necesaria una reorganización normativa al estilo “Maastricht” con la suscripción de un “Tratado del Mercosur” que reordene los distintos pilares de la integración mercosureña. Es decir, el pilar político, el pilar económico, la estructura institucional y el sistema de solución de controversias.

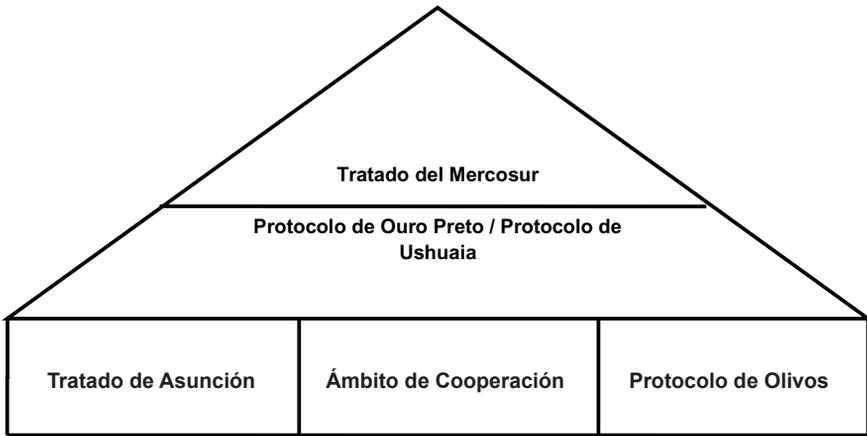


Gráfico 2