

A&C
Revista de Direito
Administrativo & Constitucional



EDITORA AFILIADA

Visite nosso *site* na Internet
www.jurua.com.br
e-mail:
editora@jurua.com.br

ISBN: 1516 – 3210



Matriz / Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê
CEP: 80.035-000 - Fone: (0--41) 352-3900 - Fax: (0--41) 252-1311
Representação / Rio de Janeiro/RJ: Excelência Assessoria Editorial
Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 - CEP: 20040-009 - Fone: (0--21) 220-2096

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454 Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
 Curitiba: Juruá, 2002.
 288p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342
CDU 342.951

00213

FUENTES DE DERECHO DEL MERCOSUR

Dr. Carlos E. Delpiazzo¹

Sumário: 1. Introducción. 2. Evolución. 3. Producción. 4. Jerarquía. 5. Aplicación. 6. Referências.

1 INTRODUCCIÓN

El desarrollo del llamado Derecho de la integración en el ámbito del Mercosur² ha aparejado un significativo aporte creador de normas jurídicas constitutivas de un ordenamiento jurídico nuevo.

Aún cuando no es posible todavía hablar estrictamente de un Derecho comunitario regional de carácter supranacional³, es de toda evidencia que ha comenzado a perfilarse un sistema dotado de fuentes propias a partir de una institucionalidad específica.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Derecho Público y de Informática Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Administrativo y Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor de Informática Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Secretario del Foro Permanente de Administrativistas de los países del Mercosur. Miembro de la Asociación de Derecho Público del Mercosur.

² Carlos E. DELPIAZZO. "Alcances y límites del Derecho de la Integración", en **Rev. de Derecho Público**. Montevideo: 1998, n. 13, p. 45 y ss.

³ Nuri RODRIGUEZ OLIVERA. "Mercosur como instrumento para la creación de un Derecho comunitario", en **Rev. de la Facultad de Derecho**. Montevideo: 1992, n. 2, p. 39 y ss.; Didier Opertti BADAN. "La remoción de los obstáculos jurídicos a la integración (con especial referencia al Mercosur)". UCUDAL, Montevideo: 1991, p. 17 y ss.; y Héctor DI BIASE. "Introducción al Derecho de la Integración con especial referencia al Mercosur", en **El Mercosur después de Ouro Preto**. UCUDAL, Montevideo: 1995, p. 11 y ss.

Entendida la expresión “fuente” en su más amplio sentido a partir de su etimología, la misma designa los diversos orígenes posibles de donde brota el Derecho⁴.

En el caso concreto del Mercosur, es posible apreciar una producción “atomizada” en pluralidad de centros⁵, que son los órganos de los Estados o del propio Mercosur en tanto nuevo sujeto de derecho, como instrumentos de actuación de tales personas jurídicas⁶.

De las distintas clasificaciones que se hacen habitualmente de las fuentes del Derecho en general, interesa tomar en consideración fundamentalmente dos: la que distingue entre fuentes originarias y derivadas según provengan de los tratados y sus modificaciones o de los órganos previstos en los mismos⁷, y la que permite ordenarlas en atención a su valor y fuerza, vale decir, a su eficacia formal⁸.

En base a la primera de dichas clasificaciones, se procederá a la descripción del sistema de fuentes de Derecho del Mercosur en tanto que, conforme a la segunda, se procederá a la ubicación jerárquica de cada una de ellas. Teniendo en cuenta ambas clasificaciones, se examinará su aplicación.

2 EVOLUCIÓN

A diferencia del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea⁹ y d

⁴ Eduardo García MAYNEZ. **Introducción al Estudio del Derecho**. Porrúa: México: 1960, p. 51 y ss.

⁵ Roberto DROMI, Miguel A. EKMEKDJIAN y Julio C. RIVERA. **Derecho Comunitario**. E.C.A., Buenos Aires: 1995, p. 140.

⁶ Héctor Frugone SCHIAVONE. “Introducción al estudio de la organización administrativa. Bases para una teoría del órgano”, en **Rev. Uruguay de Estudios Administrativos**, Año I, n. 2, p. 43 y ss.

⁷ Manuel MEDINA. **La Comunidad europea y sus principios constitucionales**: Tecnos, Madrid: 1974, p. 112 y ss.; Guy ISAAC. **Manual de Derecho Comunitario General**. Ariel, Barcelona: 1985, p. 134 y ss.; y Klaus D. BORCHARDT. **ABC del Derecho Comunitario**. Luxemburgo: 1991, p. 25 y ss.

⁸ Horacio Cassinelli MUÑOZ. “Oposición superviniente: derogación o inconstitucionalidad?”, en **Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración**. Montevideo: tomo 55, p. 159 y ss.; y Héctor Frugone SCHIAVONE. “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en **Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración**. Montevideo: tomo 74, p. 10.

⁹ Michael SCHWEITZER y Waldemar HUMMER. **Derecho Europeo**. Depalma, Buenos Aires: 1987, p. 57 y ss.

modo similar a lo acontecido en el ámbito del Pacto Andino¹⁰, el Tratado fundacional del Mercado Común del Sur suscrito en Asunción el 26 de marzo de 1991 no previó un elenco de fuentes ni reguló sus efectos y relaciones, limitándose a establecer los elementos básicos del procedimiento para llegar a la conformación de un mercado común y un sistema orgánico provisional a tal fin¹¹.

Será recién en el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias firmado el 17 de diciembre de 1991 donde se establecerá un primer enunciado del ordenamiento de fuentes del Mercosur. De acuerdo a su art. 19, de modo coherente con lo previsto en los arts. 1 y 25, dicho ordenamiento está constituido por las disposiciones del Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en el marco del mismo, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también “los principios y disposiciones del Derecho internacional aplicables en la material”.

Como bien se ha destacado, tales disposiciones reconocen un Derecho originario conformado por el Tratado de Asunción con sus anexos y los acuerdos celebrados en el marco del mismo, y un Derecho derivado formado por los actos jurídicos emanados del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común que el Protocolo denomina Decisiones y Resoluciones respectivamente. Asimismo, suponen un ordenamiento normativo jerárquico ya que el Derecho derivado está subordinado al originario, y dentro del

¹⁰ Luis Carlos SACHICA. **Derecho Comunitario Andino**. Temis, Bogotá: 1990, p. 63 y ss.

¹¹ Ver: Héctor Gros ESPIELL. **Mercosur**. I.E.E.M., Montevideo, 1991, p. 25 y ss.; “El Tratado de Asunción: una aproximación a su problemática jurídica”, en **Rev. de la Facultad de Derecho** (Montevideo, 1991), n. 1, p. 18 y ss.; y “El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea”, en **Rev. Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho**. Montevideo: 2ª época, Año II, n. 5, p. 10 y ss.; Sergio Abreu BONILLA. **Mercosur e integración**. F.C.U., Montevideo: 1991, p. 39 y ss.; Gustavo MAGARIÑOS. **Uruguay en el Mercosur**. F.C.U., Montevideo: 1991, p. 49 y ss.; Cristina VAZQUEZ y otros. **Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur**. Facultad de Derecho, Montevideo: 1995, p. 7 y ss.; y Miguel BERTHET. “El Tratado de Asunción y el Mercosur”, en **Rev. de la Facultad de Derecho**. Montevideo: 1991, n. 1, p. 39 y ss.

Derecho derivado, las Resoluciones del Grupo Mercado Común se encuentran subordinadas a las Decisiones del Consejo del Mercado Común en virtud de la diferente posición institucional de estos órganos¹².

Con la aprobación del Protocolo de Ouro Preto de 17 de diciembre de 1994, se dedica el capítulo V a regular específicamente las “Fuentes Jurídicas del Mercosur”¹³. Al tenor de su art. 41, “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”.

Agrega el art. 42 que “las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2 de este Protocolo – que son aquellos “con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio 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”.

Quiere decir que se explicita lo adelantado en el Protocolo de Brasilia, aclarándose que carecen de efecto obligatorio otros actos jurídicos distintos a los enunciados, tales como las Propuestas de la Comisión de Comercio del Mercosur, las Recomendaciones de la Comisión Parlamentaria Conjunta, y las Recomendaciones del Foro Consultivo Económico Social.

¹² Augusto Duran MARTINEZ. “Exposición”, en **Solución de controversias en el Mercosur**. UCUDAL, Montevideo: 1992, p. 35 y ss.

¹³ Ver: José María GAMIO. “Ordenamiento jurídico del Mercosur”, en **El Mercosur después de Ouro Preto** cit., p. 76 y ss.; y Jorge Perez OTERMIN. **El Mercado Común del Sur**. Desde Asunción a Ouro Preto. F.C.U., Montevideo: 1997, p. 101 y ss.

3 PRODUCCIÓN

3.1 Tratados

El denominado Derecho originario o primario del Mercosur está conformado por los tratados internacionales que lo estructuran o modifican. Son acuerdos de voluntades entre los Estados participantes¹⁴, cuyo contenido material presenta cierta similitud con las Constituciones nacionales: enunciado programático, creación de órganos y reparto de competencias.

Por eso, se habla a su respecto de “una suerte de isomorfismo con la estructura jurídica de un Estado nacional”¹⁵.

Consecuentemente, los tratados se erigen en la principal fuente del Derecho de la integración, debiendo cumplir con el procedimiento especial determinado para su celebración y recepción en el Derecho interno de cada uno de los Estados que los suscriban¹⁶.

En el caso específico, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay decidieron constituir el Mercado Común del Sur a través del Tratado de Asunción, que entró en vigencia el 29 de noviembre de 1991. Dicho Tratado se integró con cinco Anexos:

- I – Programa de Liberación Comercial
- II – Régimen general de origen
- III – Solución de controversias
- IV – Cláusulas de salvaguarda
- V – Subgrupos de Trabajo del Grupo Mercado Común

El Anexo III fue complementado por el Protocolo de Brasilia, también ratificado por los cuatro Estados miembros.

Los Anexos II y IV fueron rectificadas y sustituidos por el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica suscrito el 29 de noviembre de 1991 por los Estados, de conformidad

¹⁴ Eduardo Jimenez de ARECHAGA. **El Derecho Internacional Contemporáneo**. Tecnos, Madrid: 1980, p. 46 y ss.

¹⁵ Miguel A. EKMEKDJIAN. **Introducción al Derecho comunitario latinoamericano**. Depalma, Buenos Aires: 1994, p. 77.

¹⁶ Roberto DROMI, Miguel A. EKMEKDJIAN y Julio C. RIVERA. **Derecho Comunitario**, cit., p. 146 y ss.

con las disposiciones del Tratado de Montevideo de 1980, que creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Entre los Protocolos adicionales que han modificado al Tratado de Asunción y sus Anexos, merece particular destaque el firmado en Ouro Preto el 17 de diciembre de 1994, que definió la estructura definitiva del Mercosur, y también se encuentra vigente en virtud de su ratificación por los cuatro Estados.

Significa que la incorporación de un nuevo Estado al Mercosur por su adhesión al Tratado de Asunción, implica “*ipso jure*” la adhesión a todos los tratados complementarios del mismo.

3.2 Decisiones

Conforme al art. 9º del Protocolo de Ouro Preto, “al Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados partes”.

De este modo, superando la indiferenciación que resultaba del Tratado de Asunción – cuyo art. 16 se refería a “las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común – se viene a precisar que se denominan Decisiones sólo los actos emanados del “órgano superior del Mercosur” (art. 3º del citado Protocolo), al que se le atribuye la supremacía institucional y jerárquica de la organización¹⁷.

Lamentablemente, no se ha definido el alcance ni las características propias de este tipo de fuente formal del Mercosur¹⁸.

3.3 Resoluciones

Otros actos típicos dentro del Derecho derivado del Mercosur lo constituyen las Resoluciones. Más allá del sentido habitual de la expresión en el Derecho Administrativo para individualizar a las normas particulares y concretas creadas por acto administrativo¹⁹, el

¹⁷ Augusto Duran MARTINEZ. “Estructura orgánica del Mercosur”, en *El Mercosur después de Ouro Preto* cit., p. 60.

¹⁸ Alejandro Freeland Lopez LECUBE. *Manual de Derecho Comunitario*. Abaco, Buenos Aires: 1996, p. 212.

¹⁹ Juan Pablo Cajarville PELUFFO. *Procedimiento Administrativo*. Idea, Montevideo: 1992, p. 126.

art. 15 del Protocolo de Ouro Preto establece que “el Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados partes”.

En consecuencia, se trata de la denominación atribuída a los actos emanados del “órgano ejecutivo del Mercosur” (Art. 10 de dicho Protocolo), el cual está subordinado jerárquicamente al Consejo del Mercado Común²⁰.

Al igual que en el caso de las Decisiones, no se precisan el alcance y los atributos de las Resoluciones, salvo su subordinación a aquéllas.

3.4 Directivas

Con respecto a las Directivas, corresponde señalar que las mismas no responden al concepto técnico que aporta el Derecho Administrativo ni a la noción positiva que surge del tratado fundacional de la actual Unión Europea.

En efecto, no se trata de actos de orientación a seguir que no obligan aunque responsabilizan al órgano o sujeto al que van dirigidas²¹ ni de actos obligatorios para el Estado miembro “en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios” según reza el art. 189 del Tratado de Roma²².

Por el contrario, siguiendo la misma técnica usada para las Decisiones y Resoluciones, el art. 20 del Protocolo de Ouro Preto dispone que “la Comisión de Comercio del Mercosur se pronunciará mediante Directivas o Propuestas”. Y añade: “Las Directivas serán obligatorias para los Estados partes”.

²⁰ Augusto Duran MARTINEZ. *Estructura orgánica del Mercosur*, cit., p. 62.

²¹ Ver: Héctor Barbe PEREZ. “Órganos y actos de coordinación”, en *Rev. de la Facultad de Derecho y C.S.* Montevideo: Año XVII, n. 2-3-4, págs. 232 y 233; Juan Pablo Cajarville PELUFFO. “El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. Publicación en homenaje al centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo (Montevideo, 1979), tomo II, p. 85; y Augusto Duran MARTINEZ. “El acto de directiva” en *Rev. Anales del Foro*. Montevideo: 1988, n. 85, p. 226 y ss.

²² Ver: Alejandro Freeland Lopez LECUBE. “Las fuentes del Derecho comunitario europeo”, en *Rev. La Ley*. Buenos Aires: Tomo 1993-B, p. 766 y ss.

Ello significa que estamos en presencia de una fuente nominada de Derecho derivado – los actos jurídicos emergentes de la Comisión de Comercio – cuyo alcance y peculiaridades no se definen.

3.5 Otras fuentes

Más allá de la discusión acerca de si la precedente enumeración de fuentes de Derecho derivado del Mercosur es enunciativa²³ o taxativa²⁴, es común en la doctrina hacer referencia a fuentes complementarias²⁵.

Entre ellas, suele incluirse a las fuentes del Derecho internacional, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales de Derecho.

Respecto a las fuentes del Derecho internacional, el Mercosur, como organización internacional que es, estará sometido a reglas generales tales como las que rigen el Derecho de los tratados, o el sistema de privilegios e inmunidades. Asimismo, serán de aplicación normas particulares resultantes de acuerdos concluidos por los Estados miembros, como es el caso de los Tratados de Montevideo constitutivos de la ALALC (1960) y la ALADI (1980).

En cuanto a la jurisprudencia, aún cuando el Mercosur carece de órganos de justicia permanentes, cabrá considerar los laudos del Tribunal arbitral y los fallos de los tribunales internos de los Estados partes. En la construcción de la integración europea, ha jugado un papel decisivo la labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por lo que refiere a la doctrina, su aporte e influencia son indiscutibles para la formación e interpretación del sistema jurídico emergente.

²³ Alejandro Freeland Lopez LECUBE. **Manual de Derecho Comunitario**. cit., p. 213.

²⁴ Jorge Perez OTERMIN. **El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto**, cit., p. 101.

²⁵ Ver: Santiago Martinez LAGE. “Las fuentes del Derecho comunitario”, en **Estudios de Derecho Comunitario Europeo**. Consejo del Poder Judicial, Madrid: 1989, p. 163 y ss.; Carlos Molina del POZO. **Manual de Derecho comunitario europeo**. Trivium, Madrid: 1990, p. 296 y ss.; y Alejandro Freeland Lopez LECUBE. **Manual de Derecho Comunitario**, cit., p. 196 y ss., y 213 y ss.

3.6 Principios generales de Derecho

Particular consideración merecen los principios generales de Derecho, entendidos como “aquellas reglas jurídicas no escritas, comunes y aceptadas por todos los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, que forman parte del orden jurídico por constituir los soportes estructurales del sistema normativo”²⁶.

Sin que este sea el lugar para determinar si los principios generales de Derecho se inducen, por generalización creciente, de las disposiciones del Derecho positivo²⁷ o si, por el contrario, son anteriores y aún superiores al Derecho positivo²⁸, es incuestionable su progresiva importancia a la luz de la complejidad, parcialidad y variabilidad de las normas²⁹, especialmente del nuevo Derecho de la integración.

El catálogo de los principios generales de Derecho es muy nutrido, como son muy diversas sus clasificaciones. En lo que refiere a los procesos de integración comunitaria más avanzados, se han señalado, junto a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, como axiomas propios y específicos los siguientes³⁰: supremacía de las normas comunitarias sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros; operatividad de las mismas; subsidiariedad de la actuación comunitaria; razonabilidad; igualdad; libertad; equivalencia; y proporcionalidad.

²⁶ Roberto DROMI, Miguel A. EKMEKDJIAN y Julio C. RIVERA. **Derecho Comunitario**, cit, p. 161.

²⁷ Así: Justino Jimenez de ARECHAGA. **La Constitución Nacional** (Medina, Montevideo, s/f), tomo I, p. 107 y 108; y Juan Pablo Cajarville PELUFFO. “Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya”, en **Estudios Jurídicos em memoria de Alberto Ramón Real**. F.C.U., Montevideo: 1996, p. 155 y ss.

²⁸ Así: Héctor Barbe PEREZ. “Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo”, en **Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga**. Montevideo: 1958, p. 37 y ss.; y Alberto Ramón REAL. **Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya**. Montevideo: 1965.

²⁹ Luciano Parejo ALFONSO y otros. **Manual de Derecho Administrativo**. Ariel, Barcelona: 1996, v. I, p. 131 y 132.

³⁰ Roberto DROMI, Miguel A. EKMEKDJIAN y Julio C. RIVERA. **Derecho Comunitario**, cit, p. 162 y ss.

Si en todos los campos del Derecho el papel de los principios generales de Derecho es trascendente, ello es especialmente cierto en el ámbito de un Derecho novedoso y en formación requerido de piezas arquitecturales del ordenamiento. Por eso, la manifestación de los mismos se verifica fundamentalmente a través de la práctica aplicativa del Derecho y del desarrollo de la ciencia jurídica³¹, lo que conduce a revalorizar en la especie a la jurisprudencia y a la doctrina como fuentes relevantes del Derecho de la integración.

4 JERARQUIA

La ubicación jerárquica de las distintas fuentes de Derecho del Mercosur dependerá de su eficacia formal, es decir, de la capacidad de cada una de producir efectos jurídicos, la que se traducirá en una fuerza activa, de innovación o derogatoria, y en una fuerza pasiva o de resistencia; la primera refiere a su potencialidad de innovar en el orden jurídico preexistente venciendo toda resistencia opuesta por cualquier otro acto jurídico de grado semejante o inferior con ella contrastante, en tanto que la segunda es la capacidad de resistencia que tiene el acto jurídico en el sentido de que no puede ser derogado, abrogado o desaplicado si no es por un acto de fuerza igual o superior³².

A partir de tales premisas, es posible determinar la pirámide jurídica del Mercosur y la relación de sus componentes con los distintos actos jurídicos que conforman el ordenamiento interno de cada uno de los Estados que lo componen.

En lo que refiere al primer aspecto, si bien no se ha establecido una jerarquización expresa de las diversas normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Mercosur, es evidente que el Derecho originario constituido por los Tratados y Protocolos constitutivos posee mayor valor y fuerza que el Derecho derivado emergente de los órganos por ellos creados. Además, como bien se ha destacado, “aunque esta jerarquía que tiene el Derecho origina-

³¹ Eduardo Garcia de ENTERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid: 1980, tomo I, p. 71 y ss.

³² Héctor Frugone SCHIAVONE. *De los aspectos administrativos de la ley...*, cit., p. 10.

rio sobre el Derecho derivado no se haya consagrado en forma expresa en el Tratado de Asunción, es evidente que el acatamiento al estatuto fundamental, especialmente de los fines en él contenidos, conforma un principio general de toda institución jurídica, la cual, una vez creada, ha de observar su ley de creación”³³.

A su vez, dentro de las normas de Derecho derivado, la jerarquía queda determinada según el órgano que la dictó. Em consecuencia, las Decisiones emanadas del órgano superior del Mercosur prevalecerán sobre las Resoluciones del órgano ejecutivo, y éstas sobre las Directivas, en la medida que la Comisión de Comercio aparece como un órgano subordinado al Grupo Mercado Común. Quiere decir que “los diversos actos jurídicos de los órganos del Mercosur tienen distinto valor y fuerza no por su diferente naturaleza sino por la distinta posición institucional de los órganos de los cuales emanan”³⁴.

Con relación al segundo de los indicados aspectos, es decir, la relación de cada fuente de Derecho del Mercosur con los distintos actos jurídicos que conforman el ordenamiento interno de los Estados, si el Derecho originario se incorpora formalmente a los mismos por la vía de la ley, es preciso reputar al Derecho derivado como sub-legal, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante al examinar la cuestión de la aplicación interna de los actos dictados por los órganos del Mercosur.

A distinta conclusión puede conducir la consideración suprallegal de los tratados, tal como acontece en la Constitución argentina reformada³⁵. En tal hipótesis, las fuentes de Derecho derivado emanadas de los distintos órganos del Mercosur, podrán considerarse equivalentes en jerarquía a la ley, o aún con primacía sobre ésta³⁶.

³³ Juan Carlos CASSAGNE. **Estudios de Derecho Público**. Depalma, Buenos Aires: 1995, p. 197.

³⁴ Augusto Duran MARTINEZ. **Estructura orgánica del Mercosur**, cit., p. 59.

³⁵ Rodolfo Carlos BARRA. “Derecho de la Integración y Mercosur”, en **El Derecho Administrativo Argentino, Hoy**. E.C.A., Buenos Aires: 1996, p. 31 y ss.; y Adolfo Gabino ZIULU. “El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994”, en **Rev. Uruguay de Derecho Constitucional y Político**. Montevideo: 1996, tomo XII, n. 67-72, p. 733 y ss.

³⁶ Alejandro Freeland Lopez LECUBE. **Manual de Derecho Comunitario**, cit., p. 274.

Por lo que refiere a los principios generales de Derecho, sin desconocer la trascendencia al respecto de las posturas aprioristas o inductivas acerca de su naturaleza, corresponde afirmar que participan de la máxima jerarquía normativa de cada ordenamiento³⁷, aún cuando hay quienes proclaman su carácter de fuente supranacional³⁸.

5 APLICACIÓN

Según ha quedado establecido, el Tratado de Asunción y sus instrumentos modificativos y complementarios crean nuevas fuentes de Derecho, distintas de las de cada uno de los Estados miembros, dotadas de características propias y producidas por centros distintos a los nacionales.

La aplicación de dichas fuentes plantea el relacionamiento entre el ordenamiento jurídico del Mercosur y el Derecho interno de cada uno de los países participantes, lo que nos enfrenta a la llamada “cuestión constitucional”³⁹, es decir, a “la compatibilidad de la Constitución con una organización internacional... que estructure un sistema de órganos capaces de adoptar decisiones válidas en la materia, que obliguen al Estado y que tengan, además, una aplicabilidad directa e inmediata, erga omnes en la esfera interna”⁴⁰. Ciertamente, el tema suscita diversidades entre los cuatro Estados fundadores del Mercosur⁴¹, no obstante lo cual es posible realizar algunas afirmaciones generales.

En primer lugar, en lo que respecta a la aplicación del Derecho originario, la mismo no genera mayores dificultades ya que

³⁷ Alberto Ramón REAL. **Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya**, cit., p. 15; y Arturo Enrique SAMPAY. **La declaración de inconstitucionalidad en el Derecho uruguayo**. Medina, Montevideo: 1957, p. 26 y ss.

³⁸ Agustín GORDILLO. **Tratado de Derecho Administrativo.**, F.D.A., Buenos Aires: 1997, tomo 1, 4. ed., p. VI-26 y ss.

³⁹ Carlos E. DELPIAZZO. “Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al Derecho interno en el Mercosur”. en **Rev. de Derecho Administrativo**. Depalma, Buenos Aires: 1993, año 5, n. 14, p. 603 y ss.

⁴⁰ Héctor Gros ESPIELL. “La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya”, en **Temas Jurídicos**. F.C.U., Montevideo: 1968, n. 1, p. 37.

⁴¹ Eduardo G. Esteva GALLICCHIO. “La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes del Mercosur”, en **El Mercosur después de Ouro Preto**, cit., p. 35 y ss.

todas sus normas deben ser aprobadas por cada Estado conforme a los procedimientos previstos en sus respectivas Constituciones en materia de tratados.

En cambio, respecto al Derecho derivado, su aplicación en el ámbito interno de cada Estado no aparece con igual claridad. Sobre el particular, establece el art. 38 del Protocolo de Ouro Preto 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 art. 2 de este Protocolo”, que son aquellos “con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental”, a saber: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur. Añade el art. 40 que “con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 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”.

A partir de la referida normativa, se ha proclamado el principio de la aplicación simultánea⁴², según el cual se reemplaza la aplicación inmediata por la “internación” de las normas dictadas por los órganos comunes en forma simultánea por todos los Estados.

⁴² Jorge Perez OTERMIN. *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto*, cit., p. 106.

Como bien se ha destacado, tal solución “es un atentado a la viabilidad futura del Mercosur”⁴³ ya que la ausencia actual de supranacionalidad no puede implicar el sometimiento de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio a su internalización expresa en todos y cada uno de los casos. Es que el Derecho derivado debe considerarse obligatorio y su cumplimiento está impuesto por el deber de no frustrar los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios, deber que está consagrado a texto expreso en el art. 18 del Tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados⁴⁴; las Decisiones, las Resoluciones y las Directivas crean derechos y obligaciones tanto para los Estados miembros como para sus ciudadanos, que los Poderes internos del Estado tienen la obligación de garantizar o de hacer cumplir, en tanto y en cuanto dichas normas sean claras, precisas e incondicionales⁴⁵.

Ratifica dicho enfoque la circunstancia de que el art. 42 del mismo Protocolo de Ouro Preto dispone que “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 en la legislación de cada país”. Quiere decir que el Derecho secundario sólo debe ser expresamente incorporado o internalizado “cuando sea necesario”, o sea, cuando exija un desarrollo posterior, cuando no sea claro y preciso o cuando esté sujeto a condiciones. En cambio, no requerirá de acto de incorporación alguno en caso contrario⁴⁶, como lo impone la aplicación de la llamada doctrina del “self executing” o de la autoejecutividad de las normas provenientes de órganos tanto supranacionales como intergubernamentales⁴⁷.

⁴³ Alejandro Freeland Lopez LECUBE. **Manual de Derecho Comunitario**, cit., p. 272.

⁴⁴ Carlos E. DELPIAZZO. **Alcances y límites del Derecho de la Integración**, cit., p. 46 y ss.; y **Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al Derecho interno en el Mercosur**, cit., p. 610 y 611.

⁴⁵ Alejandro Freeland Lopez LECUBE. **Manual de Derecho Comunitario**, cit., p. 212.

⁴⁶ José María GAMIO. **Ordenamiento jurídico del Mercosur**, cit., p. 80.

⁴⁷ Eduardo Jimenez de ARECHAGA. “La Convención interamericana de derechos humanos como derecho interno”, en **Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano**. F.C.U., Montevideo: 1988, p. 33 y ss.

6 REFERÊNCIAS

- ALFONSO, Luciano Parejo; y otros. **Manual de Derecho Administrativo**. Ariel, Barcelona: 1996, v. I, p. 131 y 132.
- ARECHAGA, Eduardo Jimenez de. “La Convención interamericana de derechos humanos como derecho interno”, en **Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano**. F.C.U., Montevideo: 1988, p. 33 y ss.
- _____. **El Derecho Internacional Contemporáneo**. Tecnos, Madrid: 1980, p. 46 y ss.
- _____. **La Constitución Nacional** (Medina, Montevideo, s/f), tomo I, p. 107 y 108.
- BADAN, Didier Opertti. “La remoción de los obstáculos jurídicos a la integración (con especial referencia al Mercosur)”. UCUDAL, Montevideo: 1991, p. 17 y ss.
- BARRA, Rodolfo Carlos. “Derecho de la Integración y Mercosur”, en **El Derecho Administrativo Argentino, Hoy**. E.C.A., Buenos Aires: 1996, p. 31 y ss.
- BERTHET, Miguel. “El Tratado de Asunción y el Mercosur”, en **Rev. de la Facultad de Derecho**. Montevideo: 1991, n. 1, p. 39 y ss.
- BONILLA, Sergio Abreu. **Mercosur e integración**. F.C.U., Montevideo: 1991, p. 39 y ss.
- BORCHARDT, Klaus D. **El ABC del Derecho Comunitario**. Luxemburgo: 1991, p. 25 y ss.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de Derecho Público**. Depalma, Buenos Aires: 1995, p. 197.
- DELPIAZZO, Carlos E. “Alcances y límites del Derecho de la Integración”, en **Rev. de Derecho Público**. Montevideo: 1998, n. 13, p. 45 y ss.
- _____. “Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al Derecho interno en el Mercosur”. en **Rev. de Derecho Administrativo**. Depalma, Buenos Aires: 1993, año 5, n. 14, p. 603 y ss.
- DI BIASE, Héctor. “Introducción al Derecho de la Integración con especial referencia al Mercosur”, en **El Mercosur después de Ouro Preto**. UCUDAL, Montevideo: 1995, p. 11 y ss.
- DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; y Julio C. RIVERA. **Derecho Comunitario**. E.C.A., Buenos Aires: 1995, p. 140 y ss.
- EKMEKDJIAN, Miguel A.. **Introducción al Derecho comunitario latinoamericano**. Depalma, Buenos Aires: 1994, p. 77.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de; y FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Civitas, Madrid: 1980, tomo I, p. 71 y ss.
- ESPIELL, Héctor Gros. “El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea”, en **Rev. Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho**. Montevideo: 2ª época, a. II, n. 5, p. 10 y ss.
- _____. “El Tratado de Asunción: una aproximación a su problemática jurídica”, en **Rev. de la Facultad de Derecho** (Montevideo, 1991), n. 1, p. 18 y ss.

- _____. "La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya", en **Temas Jurídicos**. F.C.U., Montevideo: 1968, n. 1, p. 37.
- _____. **Alcances y límites del Derecho de la Integración**, cit., p. 46 y ss.
- ESPIELL, Héctor Gros. **Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al Derecho interno en el Mercosur**, cit., p. 610 y 611.
- _____. **Mercosur**. I.E.E.M., Montevideo, 1991, p. 25 y ss.
- GALLICCHIO, Eduardo G. Esteva. "La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes del Mercosur", en **El Mercosur después de Ouro Preto**, cit., p. 35 y ss.
- GAMIO, José María. "Ordenamiento jurídico del Mercosur", en **El Mercosur después de Ouro Preto** cit., p. 76 y ss.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo.**, F.D.A., Buenos Aires: 1997, tomo 1, 4. ed., p. VI-26 y ss.
- ISAAC, Guy. **Manual de Derecho Comunitario General**. Ariel, Barcelona: 1985, p. 134 y ss.
- LAGE, Santiago Martínez. "Las fuentes del Derecho comunitario", en **Estudios de Derecho Comunitario Europeo**. Consejo del Poder Judicial, Madrid: 1989, p. 163 y ss.
- LECUBE, Alejandro Freeland Lopez. "Las fuentes del Derecho comunitario europeo", en **Rev. La Ley**. Buenos Aires: Tomo 1993-B, p. 766 y ss.
- LECUBE, Alejandro Freeland Lopez. **Manual de Derecho Comunitario**. Abaco, Buenos Aires: 1996, p. 196 y ss.
- MAGARIÑOS, Gustavo. **Uruguay en el Mercosur**. F.C.U., Montevideo: 1991, p. 49 y ss.
- MARTINEZ, Augusto Duran. "El acto de directiva" en **Rev. Anales del Foro**. Montevideo: 1988, n. 85, p. 226 y ss.
- _____. "Estructura orgánica del Mercosur", en **El Mercosur después de Ouro Preto** cit., p. 60.
- _____. "Exposición", en **Solución de controversias en el Mercosur**. UCUDAL, Montevideo: 1992, p. 35 y ss.
- _____. **Estructura orgánica del Mercosur**, cit., p. 59 y ss.
- MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción al Estudio del Derecho**. Porrúa, México: 1960, p. 51 y ss.
- MEDINA, Manuel. **La Comunidad europea y sus principios constitucionales**. Tecnos, Madrid: 1974, p. 112 y ss.
- MUÑOZ, Horacio Cassinelli. "Oposición superviniente: derogación o inconstitucionalidad?", en **Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración**. Montevideo: tomo 55, p. 159 y ss.
- OLIVERA, Nuri Rodriguez. "Mercosur como instrumento para la creación de un Derecho comunitario", en **Rev. de la Facultad de Derecho**. Montevideo: 1992, n. 2, p. 39 y ss.
- OTERMIN, Jorge Perez. **El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto**. F.C.U., Montevideo: 1997, p. 101 y ss.

- PELUFFO, Juan Pablo Cajarville. “El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya”, en **Estudios de Derecho Administrativo**. Publicación en homenaje al centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo (Montevideo, 1979), tomo II, p. 85.
- _____. “Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya”, en **Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real**. F.C.U., Montevideo: 1996, p. 155 y ss.
- _____. **Procedimiento Administrativo**. Idea, Montevideo: 1992, p. 126.
- PEREZ, Héctor Barbe. “Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo”, en **Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga**. Montevideo: 1958, p. 37 y ss.
- _____. “Órganos y actos de coordinación”, en **Rev. de la Facultad de Derecho y C.S.** Montevideo: a. XVII, n. 2-3-4, p. 232 y 233.
- POZO, Carlos Molina del. **Manual de Derecho comunitario europeo**. Trivium, Madrid: 1990, p. 296 y ss.
- REAL, Alberto Ramón. **Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya**. Montevideo: 1965, p. 15.
- SACHICA, Luis Carlos. **Derecho Comunitario Andino**. Temis, Bogotá: 1990, p. 63 y ss.
- SAMPAY, Arturo Enrique. **La declaración de inconstitucionalidad en el Derecho uruguayo**. Medina, Montevideo: 1957, p. 26 y ss.
- SCHIAVONE, Héctor Frugone. “De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral”, en **Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración**. Montevideo: tomo 74, p. 10.
- _____. “Introducción al estudio de la organización administrativa. Bases para una teoría del órgano”, en **Rev. Uruguay de Estudios Administrativos**, Año I, n. 2, p. 43 y ss.
- _____. **De los aspectos administrativos de la ley...**, cit., p. 10.
- SCHWEITZER, Michael; y HUMMER, Waldemar. **Derecho Europeo**. Depalma, Buenos Aires: 1987, p. 57 y ss.
- VAZQUEZ, Cristina; y otros. **Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur**. Facultad de Derecho, Montevideo: 1995, p. 7 y ss.
- ZIULU, Adolfo Gabino. “El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994”, en **Rev. Uruguay de Derecho Constitucional y Político**. Montevideo: 1996, tomo XII, n. 67-72, p. 733 y ss.