

# **NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA DERIVADA EMANADA DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR, SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y JERARQUÍA NORMATIVA EN MATERIA ADUANERA RESPECTO A LAS LEYES EMANADAS DEL CONGRESO DE LA NACIÓN DE ACUERDO AL ART. 75 INC. 1**

*Por Verónica Claudia Fuente*

## **RESUMEN**

En el presente trabajo tuve como objetivo determinar la naturaleza jurídica de las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR y su jerarquía normativa, a fin de establecer si las mismas, al colisionar con la normativa nacional, son de rango superior o inferior a las locales.

En esta ponencia, la colisión se sucede en las leyes nacionales de derecho aduanero con las emanadas de los órganos del MERCOSUR.

*Para lograr el objetivo propuesto me basé en un gran abanico doctrinal y jurisprudencial, con el fin de ir adoptando una opinión personal respecto al tema.*

*Luego de estudiar el tema, llegué a la conclusión que las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, pueden requerir o no su incorporación al Estado parte, esto dependerá del tipo de norma que se trate, si se las considera derecho comunitario tendrán jerarquía superior a la normativa local, de lo contrario serán inferiores.*

## **PALABRAS CLAVE**

Naturaleza jurídica - Normativa originaria - Normativa derivada - MERCOSUR - Protocolo de Ouro Preto -  
Jerarquía normativa

**“LEGAL NATURE OF THE LEGISLATION ENACTED  
BY BODIES OF THE MERCOSUR, ITS  
INCORPORATION TO THE ARGENTINE LEGAL  
SYSTEM AND HIERARCHY OF CUSTOMS  
LEGISLATION REGARDING THE LAWS ENACTED  
BY THE ARGENTINE CONGRESS IN ACCORDANCE  
WITH SECTION 75, SUBSECTION 1 OF THE  
ARGENTINE CONSTITUTION.”**

**By Verónica Claudia Fuente**

**ABSTRACT**

The purpose of this paper was to determine the legal nature of the legislation enacted by bodies of the MERCOSUR (Southern Common Market) and its hierarchy, in order to establish, should they collide with Argentine legislation, whether they shall have a higher or a lower hierarchy than domestic legislation

In this paper, the collision takes place between the Argentine customs laws and the laws enacted by bodies of the MERCOSUR.

*In order to achieve such purpose, we shall use a wide range of opinions of scholars and case law as grounds to adopt a personal opinion on the subject.*

*After studying this issue, we reached the conclusion that the legislation enacted by bodies of the MERCOSUR may require the contracting State to incorporate it or not, but this shall depend on the kind of rule in question; however, if it is considered community law, it shall have a higher hierarchy than domestic legislation.*

**KEYWORDS**

Legal nature - Original legislation - Derived legislation - MERCOSUR - Protocol of Ouro Preto - Legislation hierarchy

# NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA DERIVADA EMANADA DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR, SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y JERARQUÍA NORMATIVA EN MATERIA ADUANERA RESPECTO A LAS LEYES EMANADAS DEL CONGRESO DE LA NACIÓN DE ACUERDO AL ART. 75 INC. 1

*Por Verónica Claudia Fuente\**

## **1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA DERIVADA EMANADA DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR.**

### **1.1.- Los Tratados Internacionales como “actos federales complejos”**

La doctrina, representada por Rousseau, afirma que el tratado internacional es una “operación procesal”, lo que se denomina un “acto federal complejo”, que se perfecciona a través de la ejecución de una serie de actos concatenados y por la intervención de más de un órgano de cada uno de los Estados, es decir, el PEN en la negociación y firma, el PLN en la aprobación y nuevamente el PEN en la ratificación.

Sin embargo, existe una categoría de tratados internacionales que no comparte la calificación de “acto federal complejo” por cuanto son “celebrados en forma simplificada” en los cuales interviene solamente el PEN, con exclusión del PLN. Son los denominados “acuerdos ejecutivos”.

### **1.2.- Tratados celebrados en forma simplificada**

Como señala DE LA GUARDIA, hay que recordar que el *Harvard Draft* en 1931 excluía a los tratados internacionales celebrados en forma simplificada de la categoría de Tratados Internacionales por cuanto constituían instrumentos que poseían firma, pero carecían de ratificación, lo cual provocó resistencias. Según el autor es innegable que desde mucho antes y al margen de las controversias académicas, la práctica de los Estados (derecho consuetudinario) concedía pleno valor de tratado internacional a instrumentos no ratificados. La CPIJ en 1931 reconoció definitivamente el hecho, desde el punto de vista jurídico, en su OC sobre el “Régimen aduanero entre Alemania y Austria”. La identidad esencial era, así, reconocida por encima de toda diferencia de forma. La Convención de Viena de 1969 termina definitivamente con la distinción entre tratados internacionales formales y no formales, ya que atribuye a ambos los mismos efectos.

\* Estudiante de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumna en la Cátedra de Derecho Internacional Público Vinuesa – Míguez, en la misma casa de estudios.

No cabe duda de que la práctica moderna tiende a procedimientos de concertación ágiles y menos formales. Sólo un cuarto, aproximadamente, de los tratados internacionales de las últimas décadas han exigido ratificación como requisito para su perfeccionamiento jurídico.

Siguiendo a DE LA GUARDIA, hay que tener presente que las posiciones opuestas hacen hincapié en la problemática desde el punto de vista del derecho constitucional, que exigiría un contralor legislativo en lo concerniente a la celebración de tratados internacionales. Para aquellos Estados cuyo derecho interno determina que el *treaty-making power* está dividido entre el PEN y el PLN, no resultaría posible adoptar, sin más, la nueva regla de la doctrina moderna, pues contradeciría la letra de sus CN.

De todas maneras, desde el punto de vista del derecho interno, la validez de los acuerdos en forma simplificada no admite dudas hoy en día. Por el contrario, la cuestión de su validez en el derecho interno y constitucional continúa planteando problemas, hasta que los Estados no se decidan a reconocer en su derecho interno la práctica que desarrollan activamente en sus relaciones internacionales.

Los artículos 12 y 13 de la Convención de Viena de 1969<sup>1</sup> tienden a reglar, en el ámbito del derecho interno positivo, la cuestión de los acuerdos vinculatorios para los Estados mediante la sola firma o el canje de instrumentos, con prescindencia de los procedimientos previstos por el sistema formal.

Este tipo de convenios que la doctrina francesa llama "acuerdos en forma simplificada" ha sido caracterizado por Rousseau como "acuerdos internacionales concluidos en el momento de la firma de una manera directa y definitiva, sin que sea necesario ratificarlos". Y también: "la existencia o la ausencia de ratificación constituye el único criterio jurídico válido para diferenciar los tratados propiamente dichos de los compromisos internacionales que adoptan el procedimiento simplificado".

Acuerdos en forma simplificada son, entonces, todos los convenios que no responden a la forma tradicional, no exigiendo, para su perfeccionamiento, la ratificación otorgada por la autoridad investida por el derecho interno con la competencia para celebrar tratados internacionales. Como señala MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ POSSE, son acuerdos internacionales cuyo proceso de conclusión incluye solamente una etapa de negociación y firma, materializándose, comúnmente, en varios instrumentos separados. Por lo tanto, estos acuerdos quedan definitivamente concluidos por medio de los negociadores que han intervenido en la celebración: ministros, embajadores, delegados, etc., lo cual no significa que el acuerdo se haya concluido al margen de la autoridad investida del *treaty-making power*. En rigor debe interpretarse que, en el ámbito del ordenamiento jurídico dicha autoridad ha delegado su facultad, es decir, autorizado expresa o tácitamente el acto. Por lo demás, desde el punto de vista

<sup>1</sup> **Art. 12.** Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:

- a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o
- c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

2. Para los efectos del párrafo 1:

- a) la rubrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido;
- b) la firma "ad referendum" de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.

**Art. 13.** Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado. El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

- a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o
- b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

internacional, esa delegación es inobjetable, puesto que no sólo ha sido aceptada por las normas del derecho consuetudinario, sino que, desde la sanción del artículo 12 de la Convención de Viena de 1969 se ha convertido en una norma positiva.

El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 1962 contenía una definición de tratado internacional "en forma simplificada". Es la siguiente: "Todo tratado celebrado por canje de notas o de cartas, minuta aprobada, memorando de acuerdo, declaración conjunta u otro instrumento concertado de esa misma manera". Pero en 1966 la CDI cambió de criterio y evitó esa definición por considerar que estaba incluida en la definición del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969<sup>2</sup>.

### 1. 3.- Los Tratados celebrados en forma simplificada y el ordenamiento jurídico interno:

#### 1.3.1.- El sistema jurídico argentino

Como señala HUGO MANSUETI, para el derecho constitucional argentino, los acuerdos ejecutivos no revisten la condición de instituto novedoso. GONZÁLEZ CALDERÓN se refería a este tipo de acuerdos en 1927, sosteniendo que "*ninguno de ellos afectó la CN y las leyes de nuestro país, ni las modificó o dejó sin efecto, ni invalidó las esferas ordinarias del cuerpo legislativo, ni se refirió más que a cuestiones de orden administrativo o diplomático*" y como ejemplo cita los numerosos acuerdos internacionales suscriptos por el PEN y sin acuerdo del Congreso vinculados al intercambio del servicio postal.

ALBERTO BIANCHI complementa esa nómina citando otros tantos acuerdos ejecutivos sobre cooperación técnica (suscripto con los Estados Unidos el 29/7/1955 referido a la utilización de la energía atómica en el campo civil); comercio y pagos (convenio suscripto con Gran Bretaña el 31/3/1955 y convenio suscripto con Suecia relativo a filmes cinematográficos, el 12/6/1961); asuntos financieros (contrato de empréstito suscripto con el Banco para la Reconstrucción y el Desarrollo, Washington, 30/6/1961. Convenio con Gran Bretaña sobre tasas de cambio de 20/1/1960. Convenio con el Japón sobre excepción recíproca de visa del 20/12/1961); sanidad animal (acuerdo zosanitario con el Gobierno japonés del 20/12/1961); servicio militar (Convenio con el Gobierno danés suscripto

<sup>2</sup> **Art. 2.** Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

- a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;
- b) se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;
- c) se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;
- d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;
- e) se entiende por un "Estado negociador" un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado;
- f) se entiende por "Estado contratante" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;
- g) se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor;
- h) se entiende por "Tercer Estado" un Estado que no es parte en el tratado;
- i) se entiende por "organización internacional" una organización intergubernamental.

2. Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado.

el 28/11/1962); donaciones (Convenio con los Estados Unidos por medio del cual se otorga a la Argentina una donación de materiales y elementos para la investigación nuclear, celebrado el 9/9/1959); exenciones impositivas (Convenio sobre la doble imposición con el Gobierno de Grecia del 21/3/1950); transporte aéreo (Convenio con Gran Bretaña del 17/11/1959), concluyendo que dicha reseña pone de manifiesto que estos acuerdos se han convertido en una práctica habitual en nuestras relaciones internacionales.

Como antecedente jurisprudencial se puede mencionar el caso "William Todd" basado en un acuerdo ejecutivo celebrado entre Estados Unidos y la Argentina el 3 de octubre de 1956 por el cual se le confería inmunidad de jurisdicción a la delegación militar norteamericana, de la que formaba parte el Sargento William Todd. Fue cuestionada dicha inmunidad en un proceso por daños y perjuicios, y la decisión de la CSJN fue favorable a la validez de dicho acuerdo, aún cuando el mismo carecía de (aprobación) ratificación por parte del Congreso.

#### 1.4.- Las normas de los Órganos del MERCOSUR

Previo a diferenciar las normas originarias de las derivadas de los órganos del MERCOSUR, estableceremos el significado de Derecho Comunitario, del cual surgen ambos tipos de normas.

El concepto de Derecho Comunitario ha sido generalmente asociado al término supranacionalidad. ALVAREZ, cita en su texto Derecho de la Integración y Derecho Comunitario, a ARBUET VIGNALI, quien conceptualiza al derecho comunitario "*como un sistema intermedio en el cual los Estados partes, por un acto de su voluntad soberana y en ejercicio pleno de su soberanía acuerdan, en el marco del Derecho Internacional Público, crear órganos comunitarios, diferentes de los órganos intergubernamentales*".

##### 1.4.1 Las normas originarias de los Órganos del MERCOSUR

Las normas originarias del MERCOSUR, son las establecidas en los apartados I y II del artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto; estas son: El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos.

Estas normas son propias del derecho internacional público y se rigen por las disposiciones del llamado derecho de los tratados. Dentro del territorio de cada uno de los Estados miembros, estas fuentes originarias tendrán la jerarquía asignada por sus propias constituciones y ordenamientos internos.

Si consideramos a las normas sobre materia aduanera como fuentes originarias de los órganos del MERCOSUR, no cabría discusión alguna respecto a su obligatoriedad y jerarquía dentro del territorio de la República Argentina, pero el problema se origina cuando, como veremos a continuación, se llega a la conclusión que dichas normas son fuente derivada de los órganos del MERCOSUR.

##### 1.4.2 Las normas derivadas de los Órganos del MERCOSUR

Las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR, son las establecidas en el apartado III del artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto, por lo tanto, serán fuente derivada: 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.

Estas normas, comúnmente de alcance general, son las dictadas por los órganos competentes del MERCOSUR, en base a las facultades otorgadas por los Estados miembros del mismo.

Se encuentran regidas en los artículos 37 y 38 del Protocolo de Ouro Preto<sup>3</sup>, en cuanto que las mismas serán creadas con la presencia de los representantes de todos los Estados parte y posteriormente deberán ser incorporadas al derecho interno de cada uno.

La discusión acaecida en esta ponencia surge respecto de estas normas, ya que en algunos supuestos hay contradicciones entre las normas derivadas, dictadas por los órganos competentes del MERCOSUR y la legislación interna de alguno de los países miembros, por lo tanto habría que determinar la jerarquía de una y otra para así aplicar la que corresponda.

Esto es lo que sucede en la República Argentina con ciertas normas aduaneras, dictadas por los órganos del MERCOSUR contenidos en el artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto<sup>4</sup>, y las dictadas por el Congreso de la Nación de acuerdo al artículo 75 inciso 1° de la Constitución Nacional<sup>5</sup>.

### 1.5.- Naturaleza jurídica de las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR

Dice BARREIRA “[a] tenor del criterio amplio que otorga al concepto de “tratado” el art. 2, apartado 1, inciso a) de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969, se puede decir que estas decisiones, resoluciones y directivas participan de las características de los “acuerdos ejecutivos” o “acuerdos celebrados en forma simplificada” – refiriéndose a las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio.

MANSUETI, Hugo en su trabajo “MERCOSUR y derecho”, cita al Dr. Perotti, Alejandro, quien dispone “*el ordenamiento de nuestro proceso de integración – se está refiriendo al MERCOSUR – participa de los caracteres propios de un sistema normativo comunitario (efecto directo, primacía y efecto inmediato); o, para decirlo claramente, entendemos que el Derecho MERCOSUR es Derecho comunitario en el sentido técnico de la expresión*”.

En cuanto a jurisprudencia, la Dra. ALVAREZ, en su texto “Derecho de la integración y Derecho comunitario” dispone “*En el Tercer Laudo, que enfrentó a Brasil y la Argentina por motivos de salvaguardias que había impuesto el segundo a las importaciones brasileñas de tejido de algodón, el Tribunal expresó que en virtud de lo avanzado del proceso de integración que vive el MERCOSUR las relaciones comerciales «deberán basarse en la regla de derecho» lo que implica que las medidas comerciales «deberán fundarse en acuerdos que creen vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros, sin fundamento jurídico alguno».*

<sup>3</sup> **Art. 37** Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes.

**Art. 38** Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo.

Parágrafo Unico - Los Estados Partes informarán a la Secretaría Administrativa del Mercosur las medidas adoptadas para este fin.

<sup>4</sup> **Art. 2** Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.

<sup>5</sup> **Art. 75.-** Corresponde al Congreso: **1.** Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

*En el primer Laudo Arbitral de 1999, que también tuvo como partes a Argentina y Brasil en un asunto sobre restricciones no arancelarias que imponía el segundo, el Tribunal ad hoc consideró que la referencia a la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios, contenida en el Derecho MERCOSUR, en especial en lo que hace a la "obligatoriedad del desmantelamiento y de una fecha común para materializarlo" provoca que «ambas cosas [queden] al margen de la voluntad de los Estados Partes, es decir, con el carácter de una obligación precisa y concreta»*

Estas normas, son de efecto inmediato y por lo tanto no necesitarían ninguna norma del derecho nacional que la internalice.

Para PEROTTI, quienes no comparten este punto de vista tienen fundamento en la norma, que él denomina "lamentable", refiriéndose al artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto<sup>6</sup>, ya que esta norma determina que los Estados deberán incorporar al ordenamiento jurídico nacional, adoptando las medidas que sean necesarias, las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, luego comunicar esta incorporación a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, una vez recibidas todas las comunicaciones de los Estados Parte, la Secretaría notificará a los mismos de esta situación, y finalmente, transcurridos 30 días desde esta última notificación comenzará a tener vigencia la norma de que se trate.

Mientras, el artículo 42 del mismo protocolo<sup>7</sup>, a su vez, determina que esta incorporación se deberá realizar cuando fuese necesario.

Concluye Alvarez que "una disposición emanada de los órganos del MERCOSUR necesitará ser internalizada en los supuestos en que (i) la misma norma comunitaria lo prescriba ; (ii) o cuando la norma MERCOSUR no sea operativa y por tal motivo necesite del complemento normativo del legislador nacional".

Estas opiniones doctrinarias, tanto del derecho originario como del derivado, con más los laudos arbitrales traídos nos permiten llegar a la conclusión que "el ordenamiento MERCOSUR tiene primacía sobre los derechos internos de los Estados miembros."<sup>8</sup> Pero no el derecho derivado, sino solamente en cuanto al derecho comunitario y originario. Esto siguiendo la línea de pensamiento del Dr. Barreira.

<sup>6</sup> **Art. 40** Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 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.

<sup>7</sup> **Art. 42** Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 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.

<sup>8</sup> PEROTTI, Alejandro Daniel, *op.cit.*, pág.82. Citado por Alvarez, Elsa. Derecho de la Integración y Derecho Comunitario. Disponible en [http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/integracion-comunitario.htm#\\_ftn21](http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/integracion-comunitario.htm#_ftn21)

## 2.- SISTEMA DE INCORPORACIÓN DE LA NORMATIVA DERIVADA EMANADA DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR:

### 2.1.- Análisis del art. 42 del Protocolo de Ouro Preto:

El Artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto dispone *“las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 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”*.

*“Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo (...)”*

Los órganos a los que se refiere este artículo son el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR, estos son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental.

*(...) tendrán carácter obligatorio (...)*

De acuerdo a este artículo los Estados deberán cumplir con todas las normas que deriven de estos órganos sin poder apartarse de las mismas.

*(...) y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”*.

Por lo tanto los Estados no podrían, de acuerdo a este artículo, basarse en que no han incorporado las normas dictadas por los órganos del MERCOSUR, para no cumplir con las mismas, ya que una vez que fueron dictadas, aquellos que requieren de la incorporación del Derecho Internacional en el derecho interno, deberán hacerlo de inmediato a fin de comenzar con el cumplimiento de las mismas.

### 2.2.- Proceso de inernalización y entrada en vigencia de las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR en el derecho interno

El artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto dispone *“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 MERCOSUR”*.

El artículo 40 determina el proceso de internalización compuesto por 3 pasos consecutivos: el primero establece que *“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 MECOSUR”*, el segundo regula que *“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”*, y finaliza el procedimiento con el tercer paso que determina que *“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”*.<sup>9</sup>

RIVAS sostiene, como observamos hasta aquí, que ninguna normativa [del MERCOSUR] es de aplicación directa en los Estados Partes, y requiere, necesariamente, la internalización de éstos por parte de las instituciones correspondientes.

Siguiendo esta misma posición, MANSUETI agrega, que no en todos los casos rige el requisito de incorporación del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto, ya que el artículo 42 del mismo establece que las normas derivadas serán incorporadas al derecho interno cuando sea necesario. Por lo tanto dentro de las fuentes jurídicas

<sup>9</sup> Rivas, Eduardo. Adopción e internalización de la normativa comunitaria en el seno del MERCOSUR: Un repaso histórico. Disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/la/06/er.htm>

derivadas encontramos aquellas normas cuya entrada en vigor requieren la previa incorporación al derecho interno y las que entran en vigencia una vez aprobadas por los órganos del MERCOSUR.

Por otro lado VERVAELE, mantiene una postura contraria, cuanto considera que no es necesaria que se haya incorporado la norma al derecho interno para que ésta sea obligatoria para los Estados parte del MERCOSUR, sosteniendo “*El MERCOSUR (...) resulta afectado (...) por el hecho de que los Estados Partes no incorporan un gran número de decisiones obligatorias, que como consecuencia no pueden crear derechos y obligaciones para los sujetos de derecho. En el caso de los conflictos comerciales (...) se alega que partes específicas del Derecho del MERCOSUR (...) no han sido todavía incorporadas al Derecho nacional y que por ello todavía no son obligatorias para los Estados Partes. Los tribunales arbitrales ad hoc han emitido ya varios interesantes laudos relativos a estos conflictos comerciales y al libre movimiento de mercancías. En el caso antidumping entre Brasil y Argentina sobre la importación de pollos (2001) el tribunal arbitral ad hoc rechazó expresamente este argumento de los Estados Partes. (...) Por lo tanto, aun cuando la norma no haya sido incorporada por todos los Estados Partes y por consiguiente no haya entrado en vigor, el instrumento jurídico es obligatorio y no se permite a las partes tomar medidas que sean contrarias al texto y filosofía que está detrás del mismo. Esto puede inferirse del deber de incorporar y del principio de lealtad al MERCOSUR. En pocas palabras, el carácter obligatorio es absoluto entre los Estados Partes. En caso contrario cualquier Estado Parte podría minar la naturaleza obligatoria no incorporando*”.

### 3.- JERARQUÍA NORMATIVA

#### 3.1.- Análisis del art. 75 inc. 1º y la problemática que deriva de la colisión de las leyes aduaneras dictadas por el Congreso con las emanadas de los órganos del MERCOSUR

El artículo 75 inc. 1º de la CN<sup>10</sup>, delega al Congreso la facultad de dictar las leyes sobre materia aduanera y establecer los derechos de importación y exportación.

De acuerdo a este artículo todo lo normado en materia aduanera debería emanar del Congreso, por lo tanto, una norma dictada por los órganos del MERCOSUR, debería previamente ser adoptada por ley del Congreso para entrar en vigencia en el territorio nacional.

A la vez, nos encontramos con que el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto determina que todas las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR son obligatorias para los Estados partes. Este Protocolo es adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, el cual tiene jerarquía superior a las leyes.

La problemática surge al momento de analizar las leyes aduaneras dictadas por el Congreso de la Nación con las emanadas de los órganos del MERCOSUR, ya que en muchos puntos estas son contrarias.

Frente a esta situación, qué norma habría que aplicar? La ley dictada por el Congreso bajo las facultades delegadas por la Constitución Nacional o aquellas aprobadas por Resolución, pero que emanan de los órganos del MERCOSUR y que, debido a que derivan del Protocolo de Ouro Preto debieran tener jerarquía superior a las leyes?

Establece BARREIRA “*el Consejo Mercado Común del MERCOSUR dictó en el año 1994 la Decisión 16/94 mediante la cual se establecieron las denominadas “Normas de Despacho en el MERCOSUR”, las cuales fueron incorporadas al ordenamiento jurídico argentino mediante la Resolución 3753/94 de la Administración Nacional de Aduanas. Dicha normativa fue sustituida luego*

<sup>10</sup> **Art. 75.-** Corresponde al Congreso: 1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

por la Decisión (CMC) 50/04 adoptada en Belo Horizonte el 16 de diciembre de 2004 e incorporada mediante la Resolución General (AFIP) 2090 del año 2006”.

*El objetivo de las Decisiones (CMC) 16/94 y 50/04 es el de uniformar las reglas operativas aduaneras, lo que puede implicar cambios en las existentes a nivel nacional que no fueren compatibles. Por ejemplo “Los Arts. 26 ap. 1 y 46 ap. 1 de la Decisión 50/94 (referidas a importación y a exportación respectivamente) disponen que “La fecha de registro de la declaración correspondiente determinará el régimen legal aplicable”. ¿Significa ello que a partir de la entrada en vigencia de esta norma quedan derogados o modificados los artículos del Código Aduanero argentino que determinan los elementos necesarios para determinar los tributos o que establecen la aplicación de las prohibiciones a partir de momentos distintos que los del simple registro de la declaración aduanera? ¿Debemos considerar que los arts. 616, 618, 619, 620, 621, 623 y 624 en materia de prohibiciones, así como los arts. 637 incisos a), c), d) y e), 638 y 639 en materia de tributos aduaneros han quedado derogados?*

Los arts. 84 de la Decisión 16/94 y 79 de la Decisión 50/04 establecen la prevalencia de esas normas sobre la legislación vigente en cada Estado Parte.”

Vemos que la problemática es mucho más grave de lo que se puede llegar a imaginar uno, ya que no hay un criterio uniforme hoy en día adoptado por la jurisprudencia y la doctrina.

Agrega Barreira [1] *a validez de los acuerdos que no requieren de aprobación legislativa sólo es admisible en nuestro país cuando se refirieran a protocolos concluidos según los términos de un acuerdo ya aprobado por el Poder Legislativo y siempre que no alteraren la sustancia del mismo o si se tratara del mero mantenimiento del “statu quo”. Pero no serían válidos si los mismos se refirieran a temas que pudieran afectar “principios constitucionales”, que pudieran involucrar “nuevos compromisos” o que pertenecieran al ámbito de las “rentas públicas”.*

#### 4. CONCLUSIÓN FINAL

La presente investigación intentó desentrañar, en primer lugar, la naturaleza jurídica de la normativa dictada por los Órganos del MERCOSUR, para luego determinar su verdadera esfera de obligatoriedad, concluyendo con un análisis de la jerarquía de las normas nacionales dictadas por el Congreso - de acuerdo a las facultades otorgadas por la CN, en su art. 75 inc 1° - respecto de aquellas dictadas por los órganos del MERCOSUR - con base en el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto-, según el cual estas directivas serían obligatorias para los Estados parte del mismo.

Ya podemos decir que las normas dictadas por los órganos del MERCOSUR, constituyen fuente derivada y por lo tanto necesitarán la aprobación del Congreso de la Nación.

Como hemos visto BARREIRA respeta en su totalidad la letra de la CN, ideología que comparto totalment, ya que es nuestra Ley Fundamental, de la cual derivan y derivarán todas las reglas para la posterior creación de normativas que mantengan la convivencia legal y social en la nación.

No se debe permitir que los pocos artículos que posee nuestra CN sean violados, por lo tanto no se debe considerar aplicable la decisión 50/04 de los órganos del MERCOSUR, ya que no sólo posee artículos contrarios a las leyes aduaneras dictadas por el Congreso de la Nación, sino que, además, en su artículo 79, repitiendo el art. 80 de la decisión 16/94, determina “En los casos no previstos en la presente Norma será aplicable la legislación vigente en cada Estado Parte, hasta que sea aprobada la correspondiente norma comunitaria”, o sea está estableciendo, por motus proprio la idea de que su contenido es superior a cualquier ley dictada dentro de una nación.

Si el artículo 75, inc. 1° establece que el dictado de la normativa en materia aduanera le corresponde al Congreso de la Nación, serán sus leyes las que deberán regir en el país; aun cuando el Protocolo de Ouro Preto tiene jerarquía superior a la ley, no la tiene respecto de la Constitución Nacional.

Por lo tanto para que las normas contenidas en la decisión 50/04, tengan vigencia dentro del territorio nacional, y por lo tanto deroguen las ya existentes - y contrarias - en materia aduanera, deberá mediar una ley del Congreso que disponga su aprobación e incorporación en forma de ley al derecho argentino.

## BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ, E. "Derecho de la Integración y Derecho Comunitario". Disponible en [http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/integracion-comunitario.htm#\\_ftn21](http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/integracion-comunitario.htm#_ftn21)

BARREIRA, E. "Incorporación de las normas dictadas por los órganos del MERCOSUR que tienen por efecto modificar el ordenamiento jurídico aduanero de base aprobado por el Congreso. Necesidad de que su incorporación se realice por vía legislativa"

DE LA GUARDIA, E; "Derecho de los Tratados Internacionales"; Ed. Ábaco; Buenos Aires; 1997; p. 152 y ss.

MANSUETI, H. "Mercosur. Instrumentos vigentes en materia laboral y de seguridad social: contenido y alcance". Disponible en [http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub\\_id=99&sid=629&aid=9815&eid=15&NombreSeccion=Mercosur&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=629&aid=9815&eid=15&NombreSeccion=Mercosur&Accion=VerArticulo)

MANSUETI, H. "MERCOSUR y derecho".

MONCAYO, VINUESA Y GUTIÉRREZ POSSE; *Derecho Internacional Pública*, Tomo I; Ed. Zavallía; Buenos Aires; p. 99.

RIVAS, E. "Adopción e internalización de la normativa comunitaria en el seno del MERCOSUR: Un repaso histórico". Disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/la/06/er.htm>

VERVAELE, J. "El MERCOSUR y la integración en Sudamericana". Publicado en: RDM2005-4, 40.