

**CONTRADICCIONES ENTRE LAUDOS DE LOS TRIBUNALES
ARBITRALES *AD HOC* DEL MERCOSUR Y LA INCONSISTENCIA
DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: LA
NECESIDAD DE REVISAR LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL.
COMENTARIO AL VIII LAUDO¹**

JOSÉ LUIS LÓPEZ CERVIÑO²

I. Introducción. II. El laudo. II.a. Consideraciones generales. II.b. La cuestión planteada. II.c. La posición paraguaya. II.d. La posición uruguaya. II.e. La resolución. III. Fundamentos del laudo. Su análisis. III.a. El principio de

¹ Aclaraciones previas: Debo anticipar al lector que el presente deriva de la ponencia que el autor presentara en ocasión del Iº Congreso internacional del MERCOSUR, celebrado durante los días 15 al 17 de abril de 2004 en la Ciudad de La Plata, Buenos Aires, República Argentina.

En igual sentido, es menester señalar que la presente producción fue realizada con anterioridad a la publicación de la Decisión C.M.C. 37/2003, por la que se aprobó el Reglamento del Protocolo de Olivos para la resolución de controversias en el MERCOSUR. No obstante lo cual, ello no torna anacrónico nuestros conceptos, todo lo contrario, pues las contradicciones entre laudos de los Tribunales Arbitrales del MERCOSUR aquí señaladas pueden producirse también a partir de la aplicación de dicho Protocolo. Refuerza esta hipótesis el hecho de que el carácter transitorio del sistema de solución de controversias aún se mantiene, en espera del sistema definitivo y, además, por cuanto consideramos que a pesar de las innovaciones que en el Protocolo de Olivos se insinúan (facultad de elección de foro, articulación de la opinión consultiva, creación de un Tribunal Permanente de Revisión, entre otros), no se abandona totalmente el modelo primigenio, pues algunas de sus aristas siguen presentes, ni se configura la consagración institucional de un tribunal jurisdiccional permanente, con las connotaciones que ello implicaría y que *a priori*, nos obligan a ser renuentes a la hora de aventurarnos sobre una posición que avizore alguna posibilidad de desarrollo uniforme en la interpretación de la normativa mercosureña, que más bien, sigue apareciendo difusa y por ende, lo propio respecto de la seguridad jurídica intra bloque.

² Abogado; Masterando en Derecho Empresarial (Fundación Alta Dirección -Mendoza, Argentina- y Universidad Católica de Cuyo -San Juan, Argentina); Profesor Adjunto en la Cátedra 'Integración y Cooperación Económica'; Facultad de Cs. Económicas y Empresariales, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina; Director del Instituto de Derecho Internacional y Comunitario del Foro de Abogados de San Juan; Miembro asociado a la Asociación Argentina de Derecho Internacional (A.A.D.I.); Delegado por el Foro de Abogados de San Juan ante la Comisión de MERCOSUR de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.).

igualdad de trato y no discriminación. III.b. La internalización de las normas del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados Miembros y la entrada en vigor de la norma MERCOSUR. III.c. Una vez más sobre las antinomias: i) “normas operativas vs. normas programáticas”, ii) “monismo vs. dualismo”. IV. Conclusiones.

I. Introducción:

Sobre la base del comentario al octavo laudo del MERCOSUR, intentaremos delinear algunas ideas que nos sirvan de guía para poder dimensionar cuál es la distancia que separa a este proceso de integración regional de la implantación de un verdadero orden jurídico comunitario, en términos de avance en el compromiso integrativo pergeñado en el Tratado de Asunción³, a partir de una incidencia más protagónica y decisiva por parte del órgano al que se consagre, finalmente, la administración del dilatado sistema permanente de solución de controversias.

La conformación de Tribunales Arbitrales *Ad Hoc*⁴, para entender en cada caso en particular constituye el mecanismo adoptado por los Estados Partes⁵ para dirimir sus respectivas diferencias, como consecuencia de la aplicación del Tratado constitutivo y a los efectos de asegurar el cumplimiento del mismo y de las disposiciones que de él deriven.

El ámbito de aplicación definido en el Protocolo de Brasilia⁶ abarca en su enunciación a aquellas controversias que surjan entre los E.P. sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el T.A., de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común (C.M.C.) y de las resoluciones del Grupo Mercado Común (G.M.C.). El Protocolo de Ouro Preto⁷, completa: “[...] y de las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (C.C.M.)”.

A su turno, el Protocolo de Olivos⁸ añade un elemento nuevo en relación a su ámbito de aplicación, como es la posibilidad de elección a

³ Suscripto en Asunción del Paraguay el 26 de marzo de 1991. En adelante, T.A.

⁴ En adelante, T.A.A.H.M.

⁵ En adelante, E.P.

⁶ En adelante, P.B.

⁷ En adelante, P.O.P.

⁸ En adelante, P.O.

cargo de la parte demandante o, de común acuerdo, de someter la controversia a su órbita o a la de otros foros, en los que puedan ser sometidas las diferencias, sea ante la O.M.C. u otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los E.P. del MERCOSUR⁹.

La realidad nos indica cuatro premisas que no debemos soslayar: a) el sistema de solución de controversias que hoy rige, no es el definitivo¹⁰; b) las normas de derecho originario albergan la posibilidad de revisión institucional¹¹; c) no puede pretenderse que los laudos, emitidos por los T.A.A.H.M. cumplan (por muy buena que sea su *performance*), el rol que desempeñara el T.J.C.E.¹² al momento de erigirse los pilares del ordenamiento jurídico comunitario europeo; y d) si bien hubieron ciertas coincidencias interpretativas entre algunos laudos, respecto de similares cuestiones dirimidas y algunos principios de derecho comunitario fueron enunciados¹³ —en algunos casos con mayor claridad que en otros—, no es menos cierto que las contradicciones también se han producido, aún sobre tales principios —que en definitiva son los que hacen a la naturaleza de aquél—, desalentando su desarrollo en el MERCOSUR y constituyéndose en una amenaza permanente para la seguridad jurídica intra-bloque¹⁴.

⁹ Art. 1, inc. 2. Como se ve, lejos de avanzar hacia la conformación de una estructura judicial piramidal permanente, se propicia la elección facultativa entre una variada gama de sistemas de solución de controversias (a modo de *menú*), atentando contra la exclusividad del procedimiento o naturaleza obligatoria que el sistema adoptado debería imponer, con lo cual se alienta peligrosamente la proliferación de interpretaciones divergentes en detrimento de la mentada jurisprudencia uniforme, y con ello la postergación contumaz del sistema definitivo de resolución de controversias.

¹⁰ Sobre este tema, ver “Entrevista al Profesor ERNESTO REY CARO”, en *La Voz del Foro*, Publicación mensual del Foro de Abogados de San Juan, Año III, N° 15, págs. 3/4.

¹¹ Reza el artículo 47 del Protocolo de Ouro Preto: “*Los Estados Partes convocarán, cuando lo juzguen oportuno, a una conferencia diplomática con el objetivo de revisar la estructura institucional del MERCOSUR establecida por el presente Protocolo, así como las atribuciones específicas de cada uno de sus órganos*”.

¹² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

¹³ V.gr.: El Laudo N° 1 alude a “fines y objetivos implícitos”, “efecto útil”, “efecto teleológico o finalista”, interpretación a partir del “sistema del Tratado”, etc.; Laudo N° 2, “enfoque teleológico”; Laudo N° 3 y 5 (ver aclaratoria del 5° laudo), sobre la primacía de la normativa MERCOSUR respecto del derecho de los E.P (también en laudo N° 1); entre otros.

¹⁴ Sobre la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en el MERCOSUR, a la luz de mecanismo adoptado para la resolución de conflictos, ver: BAZÁN, VÍCTOR: “El MERCOSUR

Calificada doctrina europea escribió, lo que considero, resume algo de lo que intentaré transmitir: “*los autores de los tratados no sólo han querido dotar a la Comunidad de un poder judicial autónomo, sino también crear una relación orgánica entre el Tribunal comunitario y los órganos jurisdiccionales nacionales con vistas a una aplicación armoniosa y a un desarrollo coherente del derecho comunitario. Por ello el sistema judicial comunitario no reside exclusivamente en el Tribunal de Justicia sino en un conjunto jurisdiccional más amplio que engloba a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia. Y aun cuando este último es la única jurisdicción comunitaria (salvo la reciente creación del Tribunal de Primera Instancia), no es el único juez que aplica el derecho comunitario. La organización jurisdiccional comunitaria es, por tanto, una organización compleja, no porque existan múltiples jurisdicciones comunitarias, sino porque la competencia jurisdiccional de los tratados está compartida entre órganos jurisdiccionales nacionales y Tribunal de Justicia*”¹⁵.

La uniformidad interpretativa de las normas del MERCOSUR, el control de legalidad y el reconocimiento expreso de los principios que deben sustentar el *imperium* en el orden jurídico –todas ellas, condiciones necesarias¹⁶ para pretender alcanzar el estatus de *Comunidad*–, no pueden supeditarse a ser conquistadas –como en gran medida sigue sucediendo– ni desde la buena voluntad de los E.P., ni desde la coyuntura política o económica que las condicionen o determinen, *so pretexto* de no extrapolar o

en prospectiva: La dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica a favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales”, ED, 180 – 1360/1382, en particular, acápite V y El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Bs. As. 10 de diciembre de 1998, págs. 12/13. Otros trabajos del autor en relación al mismo tema: “Cuestiones que suscitan el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Tratado de Asunción, La Ley (Supl. Actualidad), Año LVIII, N° 229, 29-11-94, págs. 1/3 y N° 238, 13-12-94 (en esp. pág. 3); “Argentina y el MERCOSUR (2ª nota): La inseguridad jurídica” y, Argentina y el MERCOSUR (3ª nota): “¿Hacia una Corte Supranacional?”, Diario de Cuyo, San Juan, Argentina, de 11-04-97 y de 13-04-97, respectivamente, págs. 7 y 6.

¹⁵ ISAAC, GUY, “Manual de Derecho Comunitario General”, 3ª edición actualizada, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 256.

¹⁶ Mas no suficientes si consideramos que debe sumarse la adopción de la supranacionalidad, por parte de la totalidad de los Estados Partes y no sólo por algunos. En el caso del MERCOSUR, sólo Argentina y Paraguay están habilitados constitucionalmente, no así Brasil y Uruguay.

imitar el modelo europeo, y dejar que la “evolución natural” del proceso corone –a su tiempo– la conquista de un mercado común.

Si ésa es la elección que seguirá primando, el salto cualitativo hacia un ordenamiento jurídico comunitario yacerá en la estacada de una perpetua transitoriedad y provisoriedad que no se desentumecerán desde un *paso a paso*¹⁷ “estéril”, evidenciado por la carencia de convicción política por parte de los Estados involucrados y serán los efectos entrampantes de aquellas variables intrínsecamente aleatorias, las que fijarán el rumbo y la velocidad de marcha hacia el objetivo propuesto en el Tratado de Asunción, que no se limita, por cierto, a la libre circulación de bienes.

Desde esta perspectiva, la generación de una jurisprudencia rectora y vinculante cumple un rol sustancial e irremplazable, que los T.A.A.H.M. no alcanzan a garantizar y están viéndose superados para enfrentar con éxito el objetivo trazado en el Acuerdo Marco. Tal vez sea hora de repensar y decidir sobre lo que se pretendió y no se alcanzó, o no pretender más y alcanzar lo que se pueda.

II. El laudo

II.a. Consideraciones generales:

El día 21 de mayo del año 2002, en la ciudad de São Paulo (Brasil)¹⁸ se reúne el T.A.A.H.M. con el objeto de deliberar y dictar resolución respecto del caso elevado para su análisis. Dicho Tribunal se constituyó a efectos de dirimir la controversia planteada entre la República del Paraguay (parte reclamante) y la República Oriental del Uruguay (parte reclamada), en torno a la aplicación –por parte de la administración uruguaya– del “IMESI” (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos originarios de la República del Paraguay.

¹⁷ En contraposición al método funcionalista europeo *step by step*, enraizado en el proyecto de JEAN MONNET, quien postulaba que: “*Hay que cambiar el curso de los acontecimientos. Para ello, hay que cambiar el espíritu de los hombres. Las palabras ya no bastan. Sólo una acción inmediata sobre un punto esencial puede modificar el statu quo actual*”. (MONNET, JEAN, *Mémoires*, Fayard, Paris, 1976, pág. 344. Cit. por FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, en “Manual de Derecho Comunitario”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1996, nota 12, pág. 36.

¹⁸ El Tribunal pretendió reunirse y emitir el presente laudo en la ciudad de Asunción del Paraguay. No obstante y por razones de salud de uno de sus integrantes, decidió emitirlo en la ciudad de São Paulo, Brasil y sí publicarlo en la sede del Tribunal, en la ciudad de Asunción del Paraguay, cnfr.: Laudo N° VIII, “Constitución del Tribunal”, numeral 8.8.

Fueron designados árbitros para esta oportunidad, el Dr. LUIZ OLAVO BAPTISTA (por Brasil) –quien revistió la calidad de Presidente del Tribunal–, el Dr. EVELIO FERNÁNDEZ ARÉVALOS (por Paraguay) y el Dr. JUAN CARLOS BLANCO (por Uruguay).

Como actos procesales previos llevados a cabo, de acuerdo a lo previsto en el P.B., es menester consignar que la controversia se inició mediante notificación de la reclamación presentada a la República Oriental del Uruguay, por la Sección Nacional de la República del Paraguay, en la XLVIª Reunión de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (C.C.M.), en el mes de noviembre de 2000¹⁹. La República Oriental del Uruguay presentó *a posteriori* su respuesta, por cierto, insatisfactoria a los reclamos del Paraguay, en la XLVIIª Reunión de la C.C.M., por lo que éste da inicio al Procedimiento de Negociaciones Directas²⁰. Dichas negociaciones fracasaron y concluyeron sin que las partes llegaran a un acuerdo satisfactorio.

Ante esta situación el Paraguay solicitó la conformación de un Grupo de Expertos para el tratamiento de la controversia²¹. Finalmente el Grupo Mercado Común (G.M.C.) resolvió considerar la diferencia en el marco de la XXIª Reunión Extraordinaria convocada a tal efecto.

Como resultado de la misma tampoco se alcanzó acuerdo entre las partes, concluyendo el G.M.C. su intervención. El paso posterior, lo constituyó la comunicación por parte del Paraguay a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (S.A.M.), de que su gobierno daría inicio al procedimiento arbitral previsto en el Cap. IV del P.B.

II.b. La cuestión planteada:

El asunto, inicialmente, no representaba una cuestión demasiado intrincada. En esencia la discusión se centró en dilucidar si las normas dictadas por el Uruguay, respecto a la aplicación del denominado Impuesto Específico Interno o “IMESI” –concretamente la forma de su cálculo, no la alícuota en

¹⁹ La reclamación se efectuó mediante la Consulta 53/00, por “Aplicación del Impuesto Específico Interno (IMESI). Discriminación Impositiva”.

²⁰ Por medio de Nota 367/01 del 27 de marzo de 2001, la República de Paraguay da inicio al procedimiento previsto en el art. 2 del Protocolo de Brasilia.

²¹ Cfr.: art. 4, 2 del Protocolo de Brasilia.

sí misma— resultaban discriminatorias respecto al ingreso de determinados productos originarios del Paraguay —en el caso, cigarrillos—.

Acertar en el reclamo pretendido por parte de las autoridades paraguayas implicaría, cuando menos, declarar la incompatibilidad de la normativa uruguaya respecto de la normativa MERCOSUR y consecuentemente, la determinación del cese en su aplicación y efectos, por encontrar sustento —fundamentalmente— en una violación al principio de igualdad de trato y restricción al libre acceso de tales productos desde un E.P. y hacia otro E.P. del bloque de integración.

No obstante aquella conjetura apriorística, cierto es, que el caso se acrecentó en dificultad a la hora de determinar el alcance interpretativo de los artículos 1 y 7 del T.A., en tanto, enfrentó a dos posiciones en la disquisición de si en ellos se albergaba un carácter meramente programático o por el contrario, eminentemente operativo (o *auto ejecutivo*). Como condimento a la situación planteada, se sumó a la mesa de discusión la necesidad de clarificar el alcance de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio que —en su parte preambular— son enunciados por el T.A. y que en el marco del planteo defensivo expuesto por la República Oriental del Uruguay, representó un fuerte argumento en su estrategia de defensa.

Entre sus fundamentos de derecho, el Uruguay invocó la “*exceptio non adimpleti contractus*”, la que no fue admitida por el Tribunal por considerar que no hubo una violación sustancial del T.A., por parte del Paraguay, aplicando respecto de la misma un criterio restrictivo.

No menos trascendente, resulta la contradicción notable en la que —entendemos— cae el T.A.A.H.M., al expedirse sobre la jerarquía de la normativa MERCOSUR, en relación al derecho interno de los Estados miembros. Con posterioridad a la notificación del laudo, las partes solicitaron *aclaración* del mismo. En función a lo arriba expresado, e interesando ya en el tratamiento concreto del laudo seleccionado, daremos avance al objetivo propuesto.

II.c. La posición paraguaya:

La parte reclamante acudió ante el T.A.A.H.M., como ya lo hizo en las etapas procedimentales previas, denunciando la incompatibilidad de las normas uruguayas referentes a la aplicación del Impuesto Específico Interno (“IMESI”), respecto de la norma MERCOSUR. Concretamente lo que reclamó fue la forma o metodología de calcular el mismo. Sostuvo que el cálculo de la

base imponible era discriminatorio, ya que ésta fue determinada por medio de un mecanismo de ponderación que tomaba como base el precio ficto aplicado al cigarrillo nacional de mayor categoría, multiplicándolo luego por un coeficiente prefijado que establecía desigualdad de trato con similar producto de origen uruguayo (es decir, producto nacional) en relación al producto del país limítrofe y no limítrofe. Por tal motivo, además, el Paraguay entendió que la discriminación era “doble”, por no tratarse de un país limítrofe.

Paraguay fundó su posición bajo el argumento de que la aplicación del “IMESI”: a) rompía el principio de igualdad de trato; b) restringía el acceso de sus productos al mercado uruguayo, y c) inhibía la reciprocidad de derechos y obligaciones²². En esa dirección sostuvo en derecho que tal impuesto vulneraba lo estatuido por los artículos 1 y 7 del Tratado de Asunción, artículos a los que les otorgó un carácter eminentemente operativo. La parte reclamante apoyó además sus dichos en lo normado por la Decisión 22/00 del C.M.C., prorrogada por la Decisión 57/00²³.

A su turno, rebatió a la defensa uruguaya afirmando que los artículos 1 y 7 del T.A. sí tenían carácter *auto ejecutorio* y contrarrestó los argumentos sostenidos por aquélla, en relación a la interpretación que cabría respecto de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio. En torno a ello, la posición del Paraguay acusó a su contraparte de efectuar una interpretación incorrecta de los mismos, argumentando que si bien no se niegan dichos principios invocados por la parte reclamada, la correcta traducción que debe hacerse de ellos identifica a la gradualidad, con la construcción de un mercado común integrado, por etapas sucesivas y con la adecuación del ordenamiento jurídico de cada E.P. con la situación de un mercado nuevo y ampliado – régimen que, según sostuvo la parte reclamante, expiró en diciembre de 1999–; a la flexibilidad, con la objetivación de proteger o reconocer determinadas situaciones especiales, que comprendan ventajas circunstanciales y excepcionales y, al equilibrio, con la pretensión del desarrollo armónico de las medidas para la integración, de forma a distribuir tanto el costo económico y social como los beneficios de la integración.

Finalmente contradijo a la posición uruguaya, en relación al

²² Ello, en base a que –sostuvo en sus argumentos– “el acceso de los cigarrillos originarios del Uruguay al Paraguay, es irrestricto”.

²³ Decisión 22/00 del C.M.C.: “Relanzamiento del MERCOSUR – Acceso a mercados”; Decisión 57/00 del C.M.C.: “Acceso a mercados”.

principio también invocado por ésta, de la “*exceptio non adimpleti contractus*”, tanto en lo que refiere a su naturaleza, cuanto a su aplicación en el contexto del proceso de integración regional.

II.d. La posición uruguaya:

La parte reclamada cuestionó la interpretación efectuada por la reclamante en relación a los artículos 1 y 7 del Tratado de Asunción. El Uruguay, otorgó a los mismos un carácter meramente programático, es decir no operativo, por entender que aunque el artículo 7 contuviera un mandato de carácter imperativo, su carácter de *autoejecutoriedad* debía ser interpretado de acuerdo al objeto y fin del tratado y según el principio de equilibrio y reciprocidad.

Como elemento a distinguir por su particularidad, se destaca que el Uruguay no negó, ni se opuso a los argumentos paraguayos que calificaron al impuesto en cuestión de “discriminatorio”. En su defensa alegó que la aplicación del “IMESI” no violaba la normativa MERCOSUR y que el régimen establecido para su cálculo era compatible con la misma, por entenderlo incluido dentro de las medidas clasificadas como de Políticas Públicas que Distorsionan la Competencia (PPDC), sujetas éstas –según argumentó– a un proceso multilateral de armonización y eliminación que todavía no había concluido²⁴, por lo que entendía –y así lo sostuvo– que “Mientras se encuentra en curso un proceso instaurado por las Partes en forma unánime y jurídicamente obligatoria no puede exigirse a una de ellas el desmantelamiento unilateral de medidas tributarias sujetas a ese proceso colectivo”.

Además, como parte de su plataforma de defensa, el Uruguay sostuvo que el hecho de que la República del Paraguay exigiera la eliminación inmediata del “IMESI”, implicaba no respetar los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, pretendidos por el T.A., apoyando sus dichos en que el precitado acuerdo reunía características de un Tratado marco, “que establece principios generales que se concretan a partir de una normativa vinculante que emana de sus órganos”.

Finalmente, la parte reclamada en este laudo, evoca el principio de

²⁴ Uruguay, apoya sus dichos en las Decisiones 20/94 del C.M.C. (Políticas públicas que distorsionen la competencia), 9/95 (Programa de acción del MERCOSUR hasta el año 2000), 15/96 y 22/00.

derecho internacional “*exceptio non adimpleti contractus*”, en el sentido que –según la posición sostenida– “... cuando el propio Paraguay aplica normas discriminatorias a los demás países del MERCOSUR, no puede exigir que no se le apliquen normas discriminatorias”.

II.e. La resolución:

El T.A.A.H.M. constituido para la resolución del caso en estudio, y luego de emitir sus fundamentaciones –las que a continuación procederemos a desbrozar puntualmente y que se erigen como punto nodal del presente trabajo– arribó a la siguiente decisión:

“1) Por UNANIMIDAD: Que el Uruguay cese los efectos discriminatorios en relación a los cigarrillos paraguayos, basados en la condición de país no fronterizo; 2) Por MAYORÍA: Que también cesen los demás efectos discriminatorios que resultan de su aplicación por vía administrativa en relación a los cigarrillos de origen paraguayo; 3) Por UNANIMIDAD: Establecer el plazo de 06 (seis) meses para el cumplimiento, por el Uruguay, de lo resuelto; y 4) Por UNANIMIDAD: Que los costos y costas del proceso sean abonados en la forma que determina el Artículo 24 del Protocolo de Brasilia y los Artículos 31 al 34 de su Reglamento; y dispone que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR”.

III. Fundamentos del laudo. Su análisis.

III.a. El principio de igualdad de trato y no discriminación:

En los Considerandos, el laudo califica al problema que se presenta para su tratamiento como de “doble naturaleza”, aludiendo a la “igualdad de trato”, por un lado y a la “armonización de las normas del MERCOSUR en lo que esas puedan limitar la libre circulación de bienes”, por otro.

Respecto del primer punto, si bien el Tribunal efectúa un expreso reconocimiento en torno a que la regla de la igualdad en el MERCOSUR, en su esencia, se identifica con la que se deduce de los Tratados de Montevideo, G.A.T.T./1947 y persistente aún en O.M.C.²⁵ –acuerdos a los que todos los Estados miembros del MERCOSUR pertenecen–, se permite, no obstante,

poner de manifiesto que la misma adquiere cierta especificidad en el ámbito del MERCOSUR y ensaya una suerte de propia definición: *“La igualdad de trato en el MERCOSUR ha de concretarse, en primer lugar en la existencia de hecho y de derecho de la no discriminación entre los Estados miembros en la práctica. Es decir, que una norma que aparentemente no fuera discriminatoria, se lo es de hecho y con más razón si la norma en sí misma tiene discriminación, son incompatibles con la igualdad de trato establecida en el Tratado del MERCOSUR”*.

Desde esta plataforma argumental el Tribunal determina que el “IMESI” es incompatible con la regla de tratamiento nacional existente tanto en MERCOSUR, G.A.T.T./O.M.C. y A.L.A.D.I.²⁶, expresando que: *“El Uruguay, y otro Estado Miembro de MERCOSUR puede gravar los bienes dentro de su propio territorio, pero no lo puede hacer de manera a que un producto originario de otro país sea tratado de forma discriminatoria relativamente a productos similares nacionales [...]”*, menos aún si no está fundado en alguna de las excepciones previstas dentro del ámbito del MERCOSUR o del G.A.T.T./94 –destaca–.

Respecto de la aplicación del artículo 7 del Tratado de Asunción, el Tribunal aclara que: *“la obligación de trato nacional que ahí se establece es aplicable cuando los impuestos internos de un país atribuyen un trato diferente a los demás países, el cual constituye un obstáculo al comercio. Todo impuesto aplicable de acuerdo a la cláusula de igualdad no representa una distorsión ya que no se caracteriza el obstáculo al comercio si el producto importado circula con la misma libertad que el producto nacional”*.

²⁵ Como ha señalado la doctrina especializada, dentro del ámbito del G.A.T.T./O.M.C., el principio de igualdad de trato o de no discriminación incluye dos sub-principios: “nación más favorecida” y “trato nacional”. En el caso aquí planteado se aprecia la aplicación del segundo mencionado, que implica dispensar igual trato en materia de tributación y reglamentaciones interiores. Vale decir, que una vez ingresados los productos importados y abonados los respectivos impuestos, no pueden ser sometidos a un trato impositivo dentro del mercado interior diferente al que se aplica a similares productos nacionales. Al respecto, se sugiere cotejar el art. 7 del Tratado de Asunción con la Parte II, art. III del G.A.T.T./47 “Trato nacional en materia de tributación de reglamentaciones interiores” y el art. 46 del Tratado de Montevideo de 1980. Puede verse también: BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, pág. 539; “Con el comercio hacia el futuro”, Organización Mundial del Comercio, 2ª edición revisada, Marzo de 2001; entre otros.

²⁶ Punto A, i) de los fundamentos del laudo en estudio.

Dando paso al análisis del segundo aspecto que también surge de los propios Considerandos, el laudo sostiene que: *“La norma que establece el deber de armonización y eliminación de obstáculos a la libre circulación de bienes nace de la naturaleza misma del Tratado y es deducida de algunos puntos de eso²⁷, y ha sido, también, recordada en decisiones de Tribunales anteriores²⁸”*.

A partir de allí, el laudo efectúa una digresión no del todo afortunada, por cuanto –entendemos– incursiona en un tema que no es menor (tal es el caso de la internalización de las normas del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados Partes y la vigencia de la norma MERCOSUR), de manera ligera y enfocados desde una perspectiva parcial, a la vista del tratamiento que la doctrina, en diversas ocasiones, ha mostrado como aspectos merecedores de más de un matiz interpretativo. En tal sentido, creemos que en anteriores laudos emanados de otros T.A.A.H.M., estos temas revistieron –justamente por constituir motivo puntual de las controversias– análisis más profundos, fundados y, en línea opuesta a la aquí esbozada por el laudo en estudio²⁹.

Volviendo luego el laudo sobre el tema de la armonización de la normativa interna con la normativa emanada del bloque, como pauta necesaria para alcanzar una libre circulación de bienes, practicable, el mismo sostiene que: *“La libre circulación tiene que ocurrir tanto en el campo de la imposición arancelaria así como en el campo de las prácticas administrativas. Desde el punto de vista de la libre circulación, el MERCOSUR quiere eliminar todas*

²⁷ Claramente está aludiendo al art. 1 del Tratado de Asunción, el que en su parte pertinente reza: *“Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, [...] Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente. [...] El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”*.

²⁸ Ver en el Primer Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, Párrafo 66 y 85, numeral (vii); Segundo Laudo: Cita el párrafo 65 del Primer Laudo y concluye en igual dirección en su párrafo 55; Tercer Laudo, pág. 18 y 27; Cuarto Laudo, sugerimos la lectura de los párrafos 135 a 141; Quinto Laudo, v.gr. Párrafo 3.3.4. y 6.3 de la Aclaratoria; entre otros.

²⁹ Esto no es lo que debe sorprendernos, habida cuenta que no estamos ante un tribunal judicial permanente, que vele, ciertamente con mayor celo por una uniformidad interpretativa del derecho del MERCOSUR, sino ante tribunales arbitrales *ad hoc*. La diversidad de sus miembros y para cada caso en particular, torna más probable que ante la similitud de las cuestiones debatidas, se alcancen resoluciones divergentes.

las diferencias arancelarias. Y en los casos en que hubiera excepciones, éstas han de ser especificadas. Asimismo, los Estados miembros no pueden crear obstáculos, de cualquier naturaleza, que impidan la libre circulación de productos. Las excepciones aunque no sean directamente contempladas por los Tratados del MERCOSUR, serán sólo las previstas por el art. 50 de Montevideo y en los arts. XX y XXI del G.A.T.T./1994”.

Observamos desde nuestra perspectiva, que el T.A.A.H.M. actuante, como ya ocurriera en laudos anteriores³⁰, es categórico a la hora de expedirse en torno a lo que cabría señalar como una suerte de condición *sine qua non*, respecto a la que, un sensible incumplimiento o mínimo reborde normativo que implicara un virtual impedimento a la libre circulación de bienes entre los E.P., constituiría un quebrantamiento de la normativa MERCOSUR y, claro está, falta grave a uno de los elementos “clave” o pilar indiscutido que brota de la naturaleza misma del jalón integrativo (Mercado Común) al que se aspira alcanzar^{31 32}. En tal sentido, advertimos que no deja lugar a dudas este laudo, por el alcance de sus expresiones (v.gr.: *“La libre circulación tiene que ocurrir tanto en el campo de la imposición arancelaria así como en el campo de las prácticas administrativas. [...], los Estados miembros no pueden crear obstáculos, de cualquier naturaleza, que impidan la libre circulación de productos [...]”*), que el principio de libertad de circulación de bienes se apega a la letra del A.C.E. N° 18³³ y es abarcativa *per se*, de lo que la doctrina señala

³⁰ Remito a la nota 26.

³¹ Artículo 1 del Tratado de Asunción. Surge asimismo del Anexo I, art. 2b que la eliminación de restricciones implica: *“[...] cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco”*. Este principio fue aplicado también en el Cuarto laudo referido a la “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes del Brasil”, 2001/05/21.

³² RIMOLDI DE LADMAN, EVE, en “El cuarto laudo”, RDM, Año 5, N° 4, Agosto de 2001, Ed. La Ley y Síntese Editora, pág. 203: *“Cualquier limitación a este principio está prohibido y así lo han confirmado los Laudos Arbitrales ya dictados en los cuales se sostuvo que la liberación comercial es incuestionable y resulta la única obligación de plazo cierto en el acuerdo, reiterada en los diferentes ajustes que se hicieron al mismo. Sin ella el tratado deja de ser. Cualquier excepción debe resultar de textos expresos y con una finalidad propia y determinada”*.

³³ El artículo 3º, inc. b), reza: *“[...] entenderá por ‘restricciones’, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un país signatario impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco.*

como eliminación de restricciones tanto directas, como indirectas³⁴.

En el caso concreto, esto es, si la aplicación del “IMESI” era o no discriminatoria, el Tribunal actuante llega sin mayor hesitación a una conclusión afirmativa: “[...]. *La discriminación de trato, incompatible con el MERCOSUR, radica en la manera en que se establece la base imponible en el Uruguay para cigarrillos importados. Esta se determina por medio de un mecanismo de ponderación que se calcula tomando como base el precio ficto aplicado al cigarrillo nacional de mayor categoría, multiplicándolo por un coeficiente prefijado, que establece una desigualdad de trato con el producto similar nacional y discrimina al aplicar un 1,3 para países limítrofes y 2 para países no limítrofes. Los productos paraguayos por eso son tratados como si fueran extra-zona. Esta situación (de discriminación) es reconocida por Uruguay*”.

Más adelante, continúa: “*El trato discriminatorio relativamente a la aplicación del “IMESI” no se funda en la lista de excepciones previstas*

No quedan comprendidas en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980”.

³⁴ BASALDÚA, RICARDO XAVIER, “MERCOSUR y Derecho de la Integración”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999, pág. 114: “[...] *las restricciones que deben ser eliminadas pueden ser directas o indirectas, y que pueden ser aplicadas en frontera o en el interior de los territorios de los Estados Parte. [...] Las restricciones indirectas aplicables en el interior de los espacios, pueden originarse en la tributación interna discriminatoria entre las mercaderías nacionales y extranjeras o tratarse de medidas de efecto equivalente*”. El autor de cita nos ilustra sobre las diversas formas en que pueden clasificarse las ‘restricciones’ según apunta la doctrina sobre la materia. Además de la arriba indicada (“directas e indirectas”), otros enfoques las diversifican en “arancelarias o no arancelarias”; y otros, en “económicas o no económicas”. Sostiene BASALDÚA que los tributos internos forman parte de las restricciones no arancelarias y que: “*En el MERCOSUR deben eliminarse todas las ‘restricciones arancelarias’ existentes entre los Estados miembros. En cambio, cuando se trata de las ‘restricciones no arancelarias’ debe distinguirse, ya que no procede la eliminación de todas ellas. Las restricciones no arancelarias que deben eliminarse son las que impiden o dificultan la circulación interna en el espacio económico del MERCOSUR y que no se hallen justificadas por razones de salud pública, sanidad animal o vegetal, seguridad pública, defensa nacional, moral y buenas costumbres, etc.*”. *Op. cit.*, pág. 155. De ello inferimos, que todo tributo interno que de algún modo restrinja la libre circulación de bienes es, desde un enfoque, una restricción indirecta y desde otro, una restricción no arancelaria, no incluida en las excepciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 y arts. XX y XXI del G.A.T.T./1994, ergo, debe ser eliminado.

en el ámbito del MERCOSUR (tampoco las excepciones previstas en el G.A.T.T./1994) y, por lo tanto, no es admisible y no puede ser permitido". (El subrayado, me pertenece).

El laudo también se expidió respecto a la escasa implicancia que tenía el hecho de que el impuesto en cuestión precediera temporalmente al T.A., dando relevancia al principio de libre circulación de bienes y buena fe en los tratados, por sobre la anterioridad de su surgimiento: "*La anterioridad del "IMESI" relativamente al surgimiento del MERCOSUR no quiere decir que ello esté de conformidad con la normativa del MERCOSUR.. Al firmar el Tratado de Asunción, el Uruguay ha aceptado el compromiso de adecuar su legislación a las normas dictadas en los tratados constitutivos de la integración. [...]*"³⁵.

III.b. La internalización de las normas del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados Miembros y la entrada en vigor de la norma MERCOSUR:

Como lo adelantáramos en el planteo introductorio, advertimos que sin una motivación aparente que surja de la propia controversia, el Tribunal se inmiscuye en una temática muy sensible, por cierto, como es la que da título al presente acápite³⁶.

Sorprende no sólo dicha incursión sobre la materia señalada, sino también la posición que parece adoptar al respecto (¿se estará abonando –aunque elípticamente³⁷– la tesis de la vigencia "no simultánea" como

³⁵ Este principio ha sido considerado con el mismo alcance en el primer laudo emitido por el Tribunal *Ad Hoc* constituido para dirimir la "Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco": "*La obligación de eliminar las restricciones no arancelarias (RNA) alcanza tanto a las existentes al tiempo del Tratado de Asunción (TA) como a las posteriores, ya sean éstas nuevas o anteriores restablecidas*" (numeral IX, de las Conclusiones).

³⁶ Al menos, no surgente de la lectura del texto del laudo, ni de la aclaratoria; ambos publicados en el sitio oficial de MERCOSUR, <http://www.mercosur.org.uy>

³⁷ Desde la óptica del Derecho Comunitario europeo, la vigencia de sus normas está acuñada al principio de "aplicabilidad inmediata", el cual reviste características específicas que involucra no sólo el ingreso automático al derecho interno –cuestión no

momento de entrada en vigor de la normativa mercosureña en el derecho interno de los E.P.?).

Asimismo –ya que lo trae a consideración– que se trate de un enunciado meramente soslayado, sin el menor atisbo de fundamentación, cuando el *quid* en cuestión involucra nada más y nada menos que el carácter que ha de asignársele a la misma y los principios que darán sustento e identidad al ordenamiento jurídico a imperar.

En mérito a dichos preceptos, es que diferentes posiciones doctrinarias han tomado partido proclamando sus enfoques dispares sobre el asunto. Desde las que sustentan la existencia real y vertebrada de un Derecho Comunitario³⁸, aún en el estado actual señalado como de “unión aduanera imperfecta” que el proceso integrativo evidencia, hasta³⁹ las que niegan su existencia o refieren

postulada en el laudo en estudio, ya que el mismo reza: “[...] *se integran al derecho interno de los países miembros del MERCOSUR según los procedimientos de las respectivas constituciones*” –, sino también su vigencia (a partir de la publicación en el boletín oficial de las comunidades) en todos los Estados miembros; y es aquí donde advertimos que el laudo en estudio “elude” el principio de “vigencia simultánea” (art. 40 de P.O.P.), propiciando la vigencia a partir del ingreso o incorporación “no simultánea”, en cada uno de los E.P. de manera indistinta. La “relevación” de cumplir con las exigencias del art. 40 del POP, que deducimos, –léase: de comunicar a la S.A.M la incorporación en el derecho interno, de aguardar las informaciones de los demás E.P. de sus respectivas incorporaciones, de la comunicación a los demás E.P. por parte de la S.A.M., y, finalmente, el plazo de 30 días desde que dicha comunicación es efectuada–, para configurar la entrada en vigor a manera de “vigencia simultánea”, involucra –según la propia letra del laudo– tanto a la norma originaria, como a la derivada (en rigor, única destinataria del art. 40 de P.O.P.). Volvemos sobre la “aplicación inmediata”, en la nota 48. Respecto de la tesis de la “vigencia no simultánea”, puede verse BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, págs. 661/662.

³⁸ Esta posición doctrinaria –aunque minoritaria– es sostenida, entre otros, por ALEGRÍA, HÉCTOR, en “El MERCOSUR hoy: la realidad, pragmatismo e ideales”, *La Ley*, T. 1995-E, pg. 843; EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, “Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano”, págs. 360/362; FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, *Op. cit.*, pág. 264; VARGAS, ABRAHAM L., en “El Tribunal de Justicia Permanente del MERCOSUR: una necesidad ‘sistémica’ actual para satisfacer los conflictos, intereses y Derecho comunitario involucrados”, *RDM*, N° 3, Noviembre de 1997, págs. 43 y 44; ARBUET VIGNALI, HEBER, en “El Protocolo de Ouro Preto. Una excusa para hablar de integración”, en *MERCOSUR. Balance y Perspectivas*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1996, p. 37. [cit. por VARGAS, A. L., *Op. cit.*, nota 19, pág. 45] y PEROTTI, ALEJANDRO, en *RDM* 2002-1, págs. 79/133.

³⁹ Entre unas y otras podría ubicarse la opinión de LORENZETTI, RICARDO, en “Sistema Jurídico del MERCOSUR”, *La Ley*, Tomo 1998-E, pág. 1260: “Se trata de un derecho de integración, pero de características no comunitarias, siendo su aplicación indirecta”.

sólo a un estado germinal, embrionario o incipiente del mismo –posición que ha encontrado gran aceptación–⁴⁰, y que en algunos casos es identificada como propulsora de un “Derecho de la Integración”.

No es nuevo, volver –sin extendernos, pues este tema ha sido hartamente tratado por la doctrina, y hacerlo excedería el objetivo de esta entrega– sobre la complementariedad de los artículos 38, 40 y 42 del P.O.P., para determinar cuál es el sistema vigente –sobre el tema en particular– a partir del plafón normativo que da soporte al MERCOSUR y que ha sido receptado en la misma dirección desde la propia jurisprudencia emanada de los T.A.A.H.M.⁴¹.

⁴⁰ Ver en BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, págs. 54/55. Respecto a la asociación entre el “Derecho de la integración económica” y el “Derecho Comunitario”, el autor distingue una relación de género a especie, en el orden aquí presentado y sostiene además que: “*en el ámbito del Mercosur, ni aun después de la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto, la normativa creada por los órganos instituidos puede ser calificada como ‘derecho comunitario’ propiamente dicho con el significado que se le da en Europa*”; CASSAGNE, JUAN CARLOS, en “El MERCOSUR y las relaciones con el derecho interno”, *La Ley*, Tomo 1995-C, págs. 882 y 888; DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, en “Hacia el ordenamiento jurídico del MERCOSUR”, *La Ley*, Tomo 1996-C, págs. 1193/1194; “La aplicación judicial del Derecho del Mercosur”, en *Estudios de Derecho Internacional*, en homenaje al Profesor ERNESTO REY CARO, Tomo II, DRNAS-LERNER editores, Córdoba, 2002, págs. 1377/1398; VÁZQUEZ, ADOLFO ROBERTO, en “El MERCOSUR y su necesaria complementación mediante un ‘Tribunal Supranacional’”, *La Ley*, Tomo 1998-F, págs. 1198/1208; IPATA, PABLO LABANDERA, en “Aspectos jurídicos-institucionales que operan como freno para la integración”, en *RDM*, *La Ley*, Año 2, N° 4, agosto de 1998, págs. 63/77; RUIZ DÍAZ LABRANO, ROBERTO, en “Naturaleza jurídica del MERCOSUR”, en *MERCOSUR. Balance y Perpestivas*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1996, p. 17, [cit. por VARGAS, A. L., *Op. cit.*, nota 18, pág. 45], entre otros. Por su parte, LUIZ OLAVO BAPTISTA, Presidente del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del VIII° laudo en análisis, sostiene que: “*Comecemos por afastar, desde logo, a idéia falsa de que o Mercosul tem alguma forma de direito comunitario. Isso não ocorreu até hoje. O que há são normas de direito internacional público, destinadas a promover a integração econômica de uma região, composta por quatro países, e que já alcançou a fase de zona aduaneira, incompleta embora perfeccionando-se*”, en “*Aplicação das normas do Mercosul no Brasil*”, *RDM*, Ed. *La Ley*, Año 2, N° 5, Octubre de 1998, pág. 28; también, del mismo autor, puede verse “*Solução de divergências no Mercosul*”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, N° 7, págs. 425/450.

⁴¹ V.gr.: Laudo N° 4 del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, que entendió en el caso “Aplicación de medidas *antidumping* contra la exportación de pollos enteros, provenientes del Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”; Laudo N° 7, en el caso “Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos al mercado brasileño. No incorporación de resoluciones GMC N° 48/96; 87/96; 149/96 y 71/98”.

Estamos refiriendo al sistema de la *vigencia simultánea* –por oposición a la aplicación inmediata⁴² –según el cual: “*se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del P.O.P. al respecto en un sistema en el cual las normas son obligatorias para los E.P. desde su aprobación, pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los E.P. cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del art. 40*”⁴³.

Según ha entendido la doctrina mayoritaria⁴⁴ y jurisprudencia citada, resulta que: “la obligación de incorporación establecida en los arts. 38 y 40 del P.O.P. surge como consecuencia de la no aplicación directa en los Estados Partes de la normativa MERCOSUR, distinguiendo el P.O.P. entre las nociones de obligatoriedad y vigencia de las normas que componen el derecho derivado”⁴⁵. “En este sentido, mientras las normas son obligatorias para los Estados Partes, no obstante no haber entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa⁴⁶, y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que ‘por su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada’”⁴⁷.

El Tribunal, cuyo laudo analizamos, adopta una posición diferente y novedosa⁴⁸, que no obstante surgir de los Considerandos –con lo que podría

⁴² Laudo N° 7, párrafo 7.6 (*sic*).

⁴³ *Idem*, nota anterior, en la que se transcribe un párrafo del laudo N° 4.

⁴⁴ BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, pág. 653.

⁴⁵ Laudo N° 7, párrafo 7.3 (*sic*).

⁴⁶ Como nota en destaque, sugiero se vea el capítulo 8 completo, del Laudo N° 7 del Tribunal *Ad Hoc* del MERCOSUR, que aporta interesantes conclusiones respecto del plazo para el cumplimiento de la obligación de incorporar la normativa mercosureña al derecho interno de los Estados Partes.

⁴⁷ Laudo N° 7, párrafo 7.7, que alude al Considerando 117 del Laudo N° 4.

⁴⁸ Sin embargo, el Laudo N° 1, sobre “Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998, Aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco”, párrafo 64, constituye un antecedente a considerar. Ver sobre esta tesis en particular, EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., “Comentario al primer laudo dictado por el Tribunal Arbitral del MERCOSUR”, ED, 183, págs. 399 y 413, quien señala la conjugación de normas ‘directivas’ con normas ‘operativas’. En el laudo que analizamos –y una vez cumplido el ingreso al derecho interno–, la ejecutoriedad atribuida a la norma mercosureña surgiría “prematuramente” al “eximirse” al Estado de cumplir con el principio de “vigencia simultánea”.

eventualmente pretender otorgarse a la misma, alguna calidad de simple marco general⁴⁹–, importa una manifestación de suma importancia. Entendemos en consecuencia, que cualquiera sea el orden estructural y el contexto en el cual este tema fuere planteado, merece un cuidadoso tratamiento, tanto por la connotación que el mismo reviste desde el punto de vista doctrinario, cuanto desde la significación en términos de profundidad de análisis del propio laudo. La expresión a la que hago referencia, y considero menester transcribir para alcanzar una visión más cercana de lo que pretendo esbozar, sostiene:

“En la realidad, las normas originarias del Tratado de Asunción, así como las normas subsiguientes del MERCOSUR se integran al derecho interno de los países miembros del MERCOSUR según los procedimientos de las respectivas constituciones. Una vez integradas, adquieren vigencia en el orden interno. También producen efectos en el orden internacional. (El subrayado me pertenece). En el primero, son creadoras de obligaciones y producen efectos concretos. Las obligaciones creadas por el MERCOSUR en materia de libre circulación tienen una doble naturaleza: la primera es negativa, –prohíben a los Estados Miembros introducir cualesquiera normas contrarias a ese objetivo– y la segunda, de otra parte, es una obligación positiva –de implantar de buena fe en su legislación lo que sea necesario para alcanzar la integración–”.

Como vemos, de manera precisa se sostiene: “[...]. *Una vez integradas, adquieren vigencia en el orden interno.* [...] ”, lo que, nos demuestra cómo ante cuestiones que deberían definir principios del derecho del MERCOSUR, como lo es el carácter de sus normas y, el mecanismo y momento de entrada en vigencia en el derecho interno de los Estados miembros, recibe un tratamiento dispar desde diferentes laudos emitidos. El Derecho Comunitario europeo –*a contrario sensu*–, a través de la instauración (por parte del T.J.C.E.) del principio de la “aplicabilidad inmediata” otorgó claridad y sentó jurisprudencia vinculante respecto al carácter de la norma y a la forma y momento de entrada en vigencia⁵⁰.

⁴⁹ No se hasta qué punto, habida cuenta que –según la propia letra del laudo– se trata de “premisas teóricas mayores”.

⁵⁰ La aplicabilidad inmediata desde la perspectiva del Derecho Comunitario implica que la norma comunitaria se aplica en los Estados miembros, de manera automática, es decir, prescindiendo de cualquier forma de acto posterior que implique “recepción”, “integración”,

Creemos que la carencia absoluta de fundamentación, unida a la aparición aislada dentro del contexto general del laudo sin otras consideraciones sobre el particular, le adjudica un disvalor no menos importante que el tema lanzado al ruedo. Sin dudas, la cuestión ameritaba un sólido desarrollo que no se advierte presente, lo que hace pensar más en un *lapsus cálami* por parte del Tribunal, que en una verdadera postulación de derecho⁵¹.

“desarrollo posterior” o “incorporación” de la misma al derecho interno de dichos Estados. Al respecto, se pueden compulsar ISAAC, GUY, en *Op. cit.*, pág. 157, quien sostiene que: “[...] la norma de derecho comunitario adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el ordenamiento interno de los Estados: es la aplicabilidad inmediata”; FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, en *Op. cit.*, pág. 229; DROMI – EKMEKDJIAN – RIVERA, en “Derecho Comunitario, Régimen del Mercosur”, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1995, pág. 165; Ver asimismo el tratamiento del tema, en LÓPEZ CERVIÑO, JOSÉ LUIS, “Nociones de Derecho Comunitario”, Ed. Fundación Universidad Nacional de San Juan, San Juan, Argentina, Año 1998, págs. 53/58. Al respecto, BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, pág. 57 sostiene que: “[...]. Su entrada en vigencia se produce de conformidad a las previsiones del propio sistema comunitario. Basta la publicación en el diario oficial de las Comunidades Europeas para que entre a regir en todo el ámbito espacial de la Unión Europea”. Desde la perspectiva de lo referenciado en esta nota, observamos que la aplicabilidad inmediata implica: aplicación automática, la que entraría en vigencia, a partir de la publicación en el boletín oficial de las comunidades integradas. El tramo del párrafo aquí criticado, parece excitar solamente la cuestión relativa a la entrada en vigor de la normativa Mercosur, al sostener previamente, la necesidad de integración de la misma (incluyendo tanto el derecho originario, como el derivado), según los procedimientos de sus respectivas constituciones –que regulan el procedimiento de “recepción” o “incorporación”–, lo cual aparece en contraposición de la inserción “automática”, que prescinde del mismo.

⁵¹ Decimos esto, pues nos cuesta conciliar los argumentos de este T.A.A.H.M. –en cuanto a esta suerte de “instauración” de una “vigencia no simultánea”–, con la posición precedentemente sostenida por quien presidiera dicho tribunal, el Dr. LUIZ OLAVO BAPTISTA, en *Op. cit.*, pág. 37, donde refiere a la aplicación de las normas del MERCOSUR en el orden interno de los E.P., de manera “concomitante”, como sinónimo de implementación de los mecanismos integracionistas consignados en el P.O.P.: “*Uma vez cumpridos os trâmites constitucionais, os tratados passam a integrar o direito nacional e a ser aplicáveis como se foram leis, [...]. Entretanto essa operação tem uma característica, a internacionalidade dos efeitos dos tratados, fruto da vontade de mais de um Estado, e que as leis internas não devem produzir, emanações que são da soberania de um único Estado.*” “A aplicação das normas oriundas dos tratados do Mercosul, então, se faz de modo cooperativo, e por isso há a reciprocidade [...] deve-se aplicar na ordem interna de todos os países da zona, concomitantemente [...].

“*Para isso se previu o mecanismo de entrada em vigor internacionalmente dos tratados após a última ratificação, completando-se a regra com o preceito do art. 42, in fine, do Protocolo de Ouro Preto*”.

Esta sensación se agudiza si complementamos la expresión utilizada por el laudo, con el segundo párrafo arriba transcrito –con el cual habría una contradicción–, al ceñirse éste, a la posición mayoritariamente sustentada tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia de los T.A.A.H.M. aludidos en nuestras notas⁵².

No obstante esta consideración, entendemos que el antecedente ya ha sido incorporado y como tal, jugará –a su tiempo– un rol preponderante en la medida en que sucesivos laudos se expidan sobre este mismo asunto. Creemos, sin embargo, que la posibilidad de nuevos desencuentros interpretativos aparecerán ante próximas definiciones laudables, que sólo podrán evitarse mediante una revisión de la estructura institucional que arroje como resultado la metamorfosis del sistema actual en la implantación de un tribunal de justicia permanente.

III.c. Una vez más sobre las antinomias:

i) “Normas operativas vs. normas programáticas”: Se plantea en el particular, si los artículos 1 y 7 del Tratado de Asunción (derecho originario) son disposiciones de carácter *autoejecutables*, o si por el contrario, constituyen normas de corte meramente programático.

Como lo anticipamos al describir las posiciones alegadas por sendas partes en el conflicto, el Uruguay le otorga a dicha normativa la calidad de “programática”, argumentando que la imperatividad, si bien considera que está contenida en la norma, no es sinónimo de *autoejecutoriedad*, y que tal carácter debe ser interpretado de acuerdo al objeto y fin del Tratado y según los principios de equilibrio y reciprocidad.

El Tribunal encuentra a la posición uruguaya, parcialmente procedente, vale decir que otorga validez en igual proporción que al

⁵² Baste cotejar el párrafo transcrito con el siguiente: “*En este sentido, mientras las normas son obligatorias para los Estados Partes, no obstante no haber entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa, y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que por ‘su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada’*” (De un tramo del laudo N° 7 –párrafo 7.7– en alusión al Considerando 117 del laudo N° 4).

sostenimiento de la *autoejecutoriedad* de dichas normas por parte del Paraguay, sobre la base de la siguiente explicación: ***“Dicha regla no es autoejecutable en el sentido de resultar en la modificación inmediata de las legislaciones de las partes, sustituyéndola por otra. En contrapartida, sí tiene carácter auto-ejecutable al imponer a los Estados Partes el deber de modificar su legislación de forma a que ella sea afectada, adaptada a las previsiones del Artículo 7 del Tratado de Asunción”***.

Creemos que la respuesta del Tribunal⁵³, en este aspecto, implica un paso hacia adelante –no sólo desde el punto de vista semántico, sino también desde las connotaciones que la asignación (aunque parcial) de un carácter operativo a la norma mercosureña (y en el caso concreto, de una norma de derecho originario), conlleva implícitamente. Esto no había acontecido hasta el momento, al menos de manera tan directa y sin mayores rodeos, si se lo compara con las denominaciones adjudicadas desde la doctrina mayoritaria y jurisprudencia de los T.A.A.H.M.⁵⁴, en las que se observó –en virtud de la distinción afinada y dilucidada a la luz del análisis de los arts. 38, 40 y 42 del P.O.P.–, la necesidad prioritaria de superar la confusión resultante de la escasa claridad brotada de la redacción e interrelación de los mismos, a partir de la determinación de cánones de obligatoriedad positiva y negativa (de hacer y de no hacer).

Pensamos que estamos ante una sutil superación de aquél prurito *in extremis* de no calificar prematuramente a la norma de MERCOSUR de “operativa”, ante la inexistencia todavía de un ordenamiento jurídico comunitario o ante la zona gris –en la que queda enmarcado el derecho derivado–, para soslayar, aunque sólo sea de manera difusa, un principio de Derecho Comunitario latente, que otorga a los tratados marco una naturaleza programática que requiere de un desarrollo normativo posterior, por parte de los órganos comunitarios⁵⁵.

⁵³ El valor intrínseco contenido en los laudos emitidos por los Tribunales *Ad Hoc* puede constituir un factor decisivo a la hora de completar o llenar vacíos legales –en rigor, hoy y a pesar de las críticas que sostenemos, únicas fuentes interpretativas de la normativa del MERCOSUR–. Caso testigo resulta la solución brindada por el Laudo N° 7, (punto 8), que da respuesta a la laguna producida por la no existencia de un texto expreso que imponga un plazo determinado de cumplimiento a la obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a los respectivos derechos internos de los Estados Partes. Lamentablemente, esa cualidad se posa sobre bases endebles ante la ausencia de un sistema jurisdiccional permanente, que la tornan insuficiente para augurar laudos no contradictorios en el futuro.

⁵⁴ V.gr.: laudos N° 4 y 7, respectivamente.

⁵⁵ FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, *Op. cit.*, pág. 185.

En el caso, ese podría ser el carácter adjudicado a los artículos del P.O.P. señalados y posteriores decisiones emitidas por el C.M.C.⁵⁶.

ii) “Monismo vs. dualismo”: La doctrina ha sido prolífica en el tratamiento de este tema y su vinculación con el proceso de integración regional del MERCOSUR, por lo que nos limitaremos a mencionar muy sucintamente algo de lo que ya se ha dicho, para detenernos en lo que sostuvo el Tribunal en su laudo y lo que el mismo nos sugiere.

La problemática devino, inicialmente, de la necesidad de determinar cuál era la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados que se vinculaban a través de tratados internacionales. Esta circunstancia propició el desarrollo de dos posiciones doctrinarias antagónicas: la tesis dualista y la tesis monista⁵⁷.

⁵⁶ V.gr.: Decisiones C.M.C., 23/2000 y 20/2002, y Resoluciones del G.M.C. 22/98, 23/98 y 91/93, respectivamente. Se puede compulsar, asimismo, un interesante trabajo realizado por FAVIO FARINELLA, titulado: “Otra vez sobre la incorporación de normas MERCOSUR a los derechos domésticos”. (*El peligro de contar con diferentes soluciones para un mismo territorio*), próximo a ser publicado en La Voz del Foro, publicación mensual del Foro de Abogados de San Juan y también en El Derecho. En el mismo, el autor efectúa un análisis en torno a las Decisiones 23/2000, 20/2002, 7/2003, 8/2003 y Acta 3/2003 de la LIª reunión del G.M.C., las que arrojan nuevos datos de interés.

⁵⁷ La teoría dualista fue defendida por HANS TRIEPEL y luego reafirmada por ANZILOTTI. Ambos postularon la separación completa entre los órdenes jurídicos internacional e interno. Respecto de ella, se ha dicho que: “[...] considera que el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales son sistemas independientes y separados, que coexisten paralelamente como compartimientos estancos. Por lo tanto un tratado internacionalmente perfecto, es decir, regularmente ratificado, sólo podría producir efecto en el ordenamiento internacional. Para que pueda aplicarse en el ordenamiento interno del Estado parte, es necesario que éste recoja sus disposiciones en una norma nacional (muy a menudo, la ley) o la introduzca en el ordenamiento nacional por medio de una fórmula jurídica que opere la recepción”. La teoría monista fue sustentada por H. KELSEN y se basa en la postura que el derecho de gentes y los derechos internos forman un solo orden jurídico. Respecto de ella, se ha sostenido: “[...] está basada en la unidad del ordenamiento jurídico, lo que excluye toda solución de continuidad entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados. La norma internacional se aplica de manera inmediata, en tanto tal, es decir, sin recepción ni transformación en el ordenamiento interno de los Estados que son parte en el tratado. El tratado internacionalmente perfecto se integra pues, de pleno derecho, en el sistema de reglas que deben aplicar los tribunales nacionales, y sus disposiciones son aplicables en los mismos en su calidad originaria de reglas internacionales”. En ambos casos, ISAAC, GUY, *Op. cit.*, pág. 184. Puede compulsarse también

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados acuña la tesis monista, en su artículo 27, dando preeminencia a los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales. Esta es la tesis abrazada también por el Derecho Comunitario europeo, que postula entre sus principios de base, su prevalencia respecto del derecho interno de los Estados miembros de la comunidad, aún por sobre las propias constituciones nacionales⁵⁸.

En el MERCOSUR –lo han descripto muchos autores⁵⁹– analizada la situación desde el punto de vista constitucional y jurisprudencial de los

el trabajo de EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., en “Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que apuntala el proceso de integración regional latinoamericana”, ED, T. 160, pg. 247/248, según el cual –en alusión a la tesis dualista– los tratados internacionales se ubican en el mismo nivel que las leyes nacionales, por lo que una ley interna, posterior a la fecha de ratificación del tratado puede dejarlo a éste sin efecto, en el ámbito del derecho interno. El tema es tratado asimismo por, BARBOZA, JULIO, en “Derecho Internacional Público”, Ed. Zavalía, Bs. As., mayo de 2001, págs. 53 y ss., entre otros.

⁵⁸ Este principio fue consagrado solemnemente en el asunto 6/64 (15.7.64), Rec. 1141, B. DE WITTE, “Retour à Costa” (Costa c/E.N.E.L.), RTDE, 1984, 425. También en “Simmenthal, (9.3.78, as 106/77, Rec. 609, D. CARREAU), entre muchos otros. Cit. por ISAAC, GUY, *Op. cit.*, pág. 203 y 205, respectivamente. Ver asimismo, FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, *Op. cit.*, pág. 239: “Las normas de derecho comunitario prevalecen siempre sobre cualesquier norma de derecho interno, anterior o posterior y cualesquiera sea su rango, incluso sobre las constitucionales”. El autor cita un párrafo del asunto TJCE, as. “Stauder”, 12-11-69, y “Nold”, 14-5-74: “Toda pretensión de un Estado miembro, de hacer prevalecer sus propios criterios constitucionales sobre el derecho comunitario, constituye un fermento de dislocación de la Comunidad y es contrario al principio de adhesión sobre una base de reciprocidad”. Mismo sentido en as 14/68 ‘Wilhem c. Bundeskartellmt’ [1969] Rep 1, 15, cit. por BELLAMY, CHRISTOPHER y GRAHAM CHILD, Ed. Civitas, Madrid, 1992, “El Derecho de la Competencia en el Mercado Común”, 1-087, pág. 69: “*los conflictos entre las reglas comunitarias y las reglas internas en el ámbito de la protección de la libre competencia deben ser resueltos aplicando el principio de que el derecho comunitario tiene preeminencia. [...]*”.

⁵⁹ BAZÁN, VÍCTOR, *Op. cit.*; MIDÓN, MARIO, en “El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del MERCOSUR”, La Ley, Tomo 1997-B, págs. 1037/1051; DROMI-EKMEKDJIAN-RIVERA, en “Derecho Comunitario. Régimen del MERCOSUR”, Ed. Ciudad Argentina, págs. 41/47; LÓPEZ CERVIÑO, JOSÉ LUIS, *Op. cit.*, págs. 49/52; SOLÁ, JUAN VICENTE, en “La jerarquía de las leyes y reglamentos nacionales con las normas del Mecosur”, La Ley, Tomo 1996-E, págs. 737/744, BASSO, MARISTELA, en “Harmonização do direito dos países do Mercosul”, en RDM, Ed. La ley y Síntese Editora, Año 4, N° 6, Diciembre de 2000, págs. 119/128; ROSANO, DANIEL H., en “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico brasileño –una introducción–”, RDM, Ed. La ley y Síntese Editora, Año 5, N° 4, Agosto de 2001, págs., 121/138; LABANDERA IPATA, PABLO, en *Op. cit.*; entre otros.

respectivos E.P., se advierten asimetrías que ubican a la República Argentina y a la República del Paraguay en una posición común –de cariz monista– por cuanto otorgan primacía al derecho internacional sobre las leyes internas –mas no sobre la Constitución–. En una posición contraria, se ubican las Repúblicas Federativa del Brasil y Oriental del Uruguay, –claramente identifican la tesis dualista– pues los tratados internacionales están en un pie de igualdad en relación a las leyes internas, como asimismo, por debajo de las respectivas constituciones, siendo de aplicación el principio: “*ley posterior, deroga ley anterior*”.

El laudo en comentario adolece, desde nuestro punto de vista, de una contradicción notoria que lo debilita desde la perspectiva del peso, que como antecedente jurisprudencial pudiera serle asignado, habida cuenta que si bien, los laudos distan mucho de ser considerados –a la luz de la uniformidad interpretativa– como las sentencias del T.J.C.E., los mismos revisten particular interés en aras de alcanzar posiciones que prefiguren patrones claros y definidos que marquen el camino hacia la meta fijada en el T.A., cual es alcanzar el estadio de Mercado Común, para lo que, la primacía sobre la legislación interna de los Estados miembros y la operatividad de la norma del MERCOSUR, entre otros aspectos, son condición esencial para su logro.

La contradicción señalada se advierte al cotejar el párrafo 7º de los Considerandos del laudo, con el numeral ii) del punto B) de los Fundamentos del mismo.

En ambos casos, el Tribunal se manifiesta en relación a la jerarquía entre la normativa MERCOSUR (derecho originario y derivado) y el derecho interno de los Estados Partes. En el primero de ellos, observamos que no se le otorga una condición de primacía o preeminencia a la norma mercosureña respecto de las legislaciones estatales. Esto surge claramente al sostener que: “*En el orden interno [las normas originarias del Tratado de Asunción, así como las normas subsiguientes del MERCOSUR] tienen por lo menos el rango de la ley, y si hubiera antinomias entre las leyes y las normas del Tratado, se pondrían en marcha los procedimientos aplicables en caso de conflicto temporal de cada uno de los derechos internos, según sea el caso, y teniendo en cuenta la existencia de obligaciones internacionales*”. (El subrayado, y encorchetado me pertenecen).

Vale decir, que la primacía del derecho del MERCOSUR es apuntada como posibilidad, no como postulado conceptual de base⁶⁰. Posibilidad que corre el riesgo de desvanecerse finalmente, pues si hubiere antinomias entre la normativa mercosureña y la ley interna de algún Estado miembro, no cabría decretar la prevalencia de la primera sobre la segunda⁶¹,

⁶⁰ Estimamos menester, en este orden de ideas, referir que en laudos anteriores, los respectivos Tribunales arbitrales *Ad Hoc* constituidos, otorgaron primacía al derecho del MERCOSUR en relación a los derechos internos de los Estados miembros. Ejemplo de ello son: Laudo N° 1, parágrafo 62: “[...] en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rigen, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales”; también el Laudo N° 5, del 29 de septiembre de 2001, sobre “Importación de bicicletas del Uruguay – Procedencia de un tratamiento arancelario intrazona – Certificado de origen – Facultad de verificación del país importador”. Aclaratoria, pág. 173: “En el caso presente, el Tribunal Arbitral entendió y entiende que lo más coherente con el ordenamiento jurídico MERCOSUR es la revocación del acto concreto y el mantenimiento de los bloques normativos concernidos. Esta doble decisión mantiene a la vez la primacía y el efecto directo del ordenamiento del MERCOSUR, y la soberanía –a efectos normativos– de los Estados parte”; también el Laudo N° 6, sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay”, punto b.- La Resolución GMC 109/94 y la Decisión CMC 22/00, *in fine*: “Así es que, si a la fecha de aprobación de la Decisión 22/00, no existía en la legislación interna de Brasil una prohibición a las importaciones de neumáticos recauchutados (remoldeados) provenientes de Estados Miembros del MERCOSUR, es evidente que con posterioridad a esa fecha, Brasil no podía imponer restricción alguna que afectase dicho comercio”. “El contenido de la Decisión 22/00 condiciona la capacidad de los Estados Partes de alterar o modificar a partir de la fecha de su aprobación, los alcances de sus legislaciones internas en cuanto a la imposición de nuevas restricciones al comercio de bienes usados existente”. Entendemos, que aquí se demuestra claramente la no aplicación del principio dualista “ley posterior, deroga ley anterior”, otorgando prevalencia a la normativa mercosureña por sobre la portaría de la Secretaria de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (SECEX) No. 8/00, de 25 de septiembre de 2000, que dispuso la no concesión de licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados clasificados en la posición 4012 de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM). Una vez más podemos detectar serias contradicciones en relación a principios que, siendo fundamentales para la fijación de una doctrina comunitaria en ciernes, son “barridos” merced al tratamiento que dispensan algunos Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* del MERCOSUR.

⁶¹ Salvo en el caso de Argentina y Paraguay, mas no sucedería lo propio respecto del Brasil y del Uruguay, según los antecedentes que emanan de sus respectivas constituciones, jurisprudencia de los superiores tribunales de cada Estado, y lo apuntado por la doctrina mayoritaria. Respecto de la situación constitucional y jurisprudencial

sino que habría que someter la cuestión a *los procedimientos aplicables en caso de conflicto temporal de cada uno de los derechos* internos, alentando de esta forma los efectos notablemente perniciosos que emanan de la tesis dualista⁶²: a) supeditar la operatividad de la norma mercosureña hasta tanto una ley especial la haga ejecutable, más allá de que estén cumplimentados el mecanismo de incorporación inscripto en la norma derivada. En este caso se corre el riesgo de que la palabra empeñada por un Estado miembro y la vigencia del principio *“pacta sunt servanda”* quede supeditado a la buena o mala voluntad de los gobiernos de turno; b) someter la vigencia de la norma mercosureña a la posibilidad de su derogación por parte de una ley interna posterior que la contravenga.

La contradicción apuntada aparece, cuando el Tribunal manifiesta que: *“Una ley que va en contra de una regla contenida en un Tratado Internacional –cuya jerarquía es igual, como mínimo, a la de una ley interna– no será aplicada por el juez nacional: en este sentido, las reglas contenidas en el Tratado de Asunción e incluso el Artículo 7 tienen carácter auto-ejecutable, una vez que el derecho no admite las antinomias en su lógica”*. (Los subrayados, me pertenecen).

Si bien mantiene la jerarquía de la norma mercosureña en un escalón de “igualdad, como mínimo” – *ergo* no la considera preeminente *per se*–, apunta el Tribunal arbitral que ante un eventual choque entre aquella normativa y una ley interna de algún Estado miembro, ésta no será aplicada por el juez nacional y se otorgará operatividad a la norma MERCOSUR, negando ahora lo que es afirmado párrafos anteriores (admitiendo las antinomias entre una norma y otra).

IV. Conclusiones

Como colofón de lo hasta aquí puesto de manifiesto, estimo que:

brasileña, ver OLAVO BAPTISTA, LUIZ, *Op. cit.*; ROSANO, DANIEL, *Op. cit.*, entre otros; y respecto de la situación uruguaya, puede consultarse también: IPATA, PABLO LABANDERA, *Op. cit.*, entre otros; ambas cuestiones, en BAZÁN, VÍCTOR, *Op. cit.*, entre otros.

⁶² EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, en “Tratado de Derecho Constitucional”, Tº II, pág. 775/776. El autor de cita refiere a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, cuyos argumentos, entendemos, pueden ser aplicados al caso aquí referido.

1. Nos encontramos ante un laudo que ratifica el deber de los E.P. de no violar el principio de “trato nacional”, contenido en los acuerdos de G.A.T.T./O.M.C. y A.L.A.D.I., confirmando de este modo la misma dirección ya transitada en otros laudos precedentes del MERCOSUR.
2. Confirma de manera clara y explícita que la libre circulación de bienes no puede ser obstaculizada mediante actos de cualquier naturaleza, salvo que sean de aplicación las excepciones contenidas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 y, XX y XXI de la O.M.C./94.
3. Sendas cuestiones, constituyen las razones de base que sustentan la decisión final emitida por el Tribunal. En ella se determina que la discriminación de trato es incompatible con el MERCOSUR, que ello no debe ocurrir ni ser permitido. De la controversia analizada surge que la incompatibilidad existió, concretamente en la manera en que se estableció la base imponible en el Uruguay para cigarrillos importados del Paraguay.
4. Sorprende la incursión y forma con la que el T.A.A.H.M. da tratamiento al tema de la internalización de las normas del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados miembros y de la entrada en vigor de la norma MERCOSUR, al abonar la tesis de la “vigencia no simultánea”.
5. Creemos que la controversia no ameritaba discurrir sobre esta cuestión. No obstante y habiendo ingresado en dicho terreno, entendemos que el laudo en este punto, carece de fundamentación suficiente.
6. Respecto de la antinomia “normas operativas o programáticas”, entendemos que el laudo asigna, fuera de los casos especialmente contemplados en las disposiciones citadas en las respectivas notas, una cualidad intrínseca de operatividad –aunque sólo sea parcialmente– a la norma mercosureña. Esto implica un paso adelante en la laboriosa tarea de avanzar hacia un estadio de integración más comprometido y jurídicamente más consolidado entre los E.P.
7. En relación a la otra antinomia señalada y en contrapunto con la conclusión que antecede, observamos que el laudo es contradictorio y confuso. No otorga primacía o preeminencia al derecho del MERCOSUR respecto del derecho interno de los Estados miembros, toda vez que ello –entendemos– debe resultar en forma inequívoca y sin lugar a forzadas interpretaciones, tal y como se ha sostenido en laudos anteriores.
8. Hoy podemos constatar, a ciencia cierta, que las contradicciones entre algunos laudos dentro del ámbito del MERCOSUR, no son sólo conjeturas

doctrinarias agoreras, sino que sencillamente, acontecen. Creo que cien coincidencias no garantizarán la uniformidad interpretativa⁶³ y por ende la seguridad jurídica, la incrustación de principios rectores y el control de legalidad en el sistema; todas ellas indispensables, que nacen de la necesidad de identificar reglas de juego claras y definidas para todos los operadores de un espacio común integrado⁶⁴.

9. Finalmente y cerrando la proyección introductoria de este trabajo, creo que el cambio radical que se espera ocurra, dependerá en gran medida de una inminente revisión institucional, en especial, en el área del sistema de solución de controversias que se cimiente a partir de un tribunal de justicia permanente, que consista, como orienta GUY ISAAC⁶⁵, en un conjunto jurisdiccional más amplio que englobe a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia, que en el caso del MERCOSUR, constituye una cuenta pendiente.

⁶³ El laudo N° 9, sobre “Incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por Uruguay, establecido por la ley 13.695/68 y decretos complementarios con la normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona” (III, 7), innovó en aras de avanzar en la uniformidad interpretativa. Creemos que si bien el hecho allí descrito es trascendente, no es suficiente por las mismas razones aquí expuestas, entre ellas, la posibilidad cierta de que un laudo posterior realice interpretaciones divergentes.

⁶⁴ El paso del G.A.T.T. hacia la O.M.C. ha demostrado que aún desde un sistema multilateral de comercio –que sin dudas no aspira a una integración entre los Estados que lo componen– es posible mutar de sistema cuando las necesidades priman. En el caso, se pasó de un sistema pragmático-político, hacia un sistema jurisdiccional. Ese proceso, se está llevando a cabo en la actualidad, desplegándose ribetes muy interesantes dentro del ámbito del ESD. Al respecto se puede ver: MONTAÑA MORA, MIQUEL, en “La OMC y el reforzamiento del sistema GATT”, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 65/67, 97/152, en especial 112/113.

⁶⁵ ISAAC, GUY, *Op. cit.*, pág. 256.

