

APROXIMACIÓN A CIERTAS CUESTIONES JURÍDICAS QUE SUSCITAN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y EL TRATADO DE ASUNCIÓN¹

SUMARIO: I. *Advertencia liminar*. II. *Breve introducción*. III. *La puesta en marcha del TLC ante un Mercosur en ciernes*. IV. *Acerca de algunas similitudes y diferencias que surgen de ambos tratados*. V. *Dimensión jurídica de los procesos de integración*. VI. *A modo de utilologo*.

I. ADVERTENCIA LIMINAR

Por carriles diversos, pero imbuidos del común objetivo de desbrozar el camino que conduzca a un desarrollo regional sostenido, tanto el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, TLC),² cuanto el Tratado de Asunción (encaminado a la constitución de un Mercado Común del Sur —Mercosur—), ofrecen un universo de particularidades que ha motivado una profusa literatura específica, abarcadora de sus diversos aspectos: económico, aduanero, financiero, mercantil, cultural, jurídico,³ de servicios, etcétera.

Liminarmente, debemos aclarar que el propósito del presente trabajo es brindar un rápido panorama de los modelos integrativos que establecen los aludidos tratados; deteniéndonos en la consideración de algunas cuestiones jurídicas que engendra la aplicación de los mismos en el derecho interno de los países signatarios y su ubicación en el orden legal respectivo.

1 Este trabajo fue elaborado sobre la base de la conferencia sustentada por el autor en la Coordinación del Posgrado de Derecho del Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, Estado de Tlaxcala, México, el 18 de febrero de 1994.

2 El Tratado es también conocido por su denominación en inglés: NAFTA (*North American Free Trade Agreement*).

3 Aun cuando Jorge Witker sostenga —con razón— que “*el derecho no fue un elemento privilegiado en las negociaciones del TLC*”, en la presentación del t. II de la obra *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, Diagnóstico y Propuestas Jurídicas*; Auditorio ‘Héctor Fix Zamudio’, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 27 de enero de 1994.

II. BREVE INTRODUCCIÓN

Los esquemas de integración regional que persiguen plasmar las disposiciones del TLC y del Tratado de Asunción, obviamente denotan la existencia de propósitos y anhelos convergentes en los países comprometidos en tales perspectivas integracionistas; que desnudan el objetivo de no quedar a la zaga de la dinámica actual de los procesos económicos.

En tal sentido, Sosa ha expresado:

Es sabido que la integración regional, que supone los fenómenos de interacción e interdependencia entre los Estados en un mismo pie de igualdad, se basa en un acto de voluntad soberana de cada uno de ellos, mediante el cual se transfiere parte de sus componentes o estructuras comunitarias o plurinacionales, atendiendo a los intereses supremos de los pueblos que los integran.⁴

Es que entre otras razones de importancia, la conclusión del orbe bipolar y de la dialectizada confrontación entre ideologías antagónicas, ha provocado la necesaria búsqueda de una nueva estructuración económica mundial.

Así lo ha entendido también Chapoy Bonifaz,⁵ para quien:

concluida la guerra fría y el conflicto del Golfo Pérsico, cabe aspirar a que las principales potencias industrializadas se esfuercen por alcanzar un nuevo orden económico internacional, en el que se dé una efectiva y real cooperación entre la CEE, Estados Unidos y Japón, y en el que, desde luego, los países subdesarrollados también sean interlocutores.

Las relaciones internacionales no pueden seguir basándose en la confrontación; por lo tanto, debe pugnarse por sustituirla por la cooperación, la liberalización del comercio y el reforzamiento del sistema multilateral.

Resulta claro que las transformaciones producidas han propiciado el advenimiento de la globalización de la economía mundial, atisbándose la consolidación de tres *mega-bloques*: En el sudeste asiático, en

4 Sosa, Gualberto Lucas, "Comunidad económica del Mercosur: En torno al nuevo derecho comunitario", *El Mercosur. Aspectos institucionales y económicos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, septiembre de 1993, p. 43.

5 Chapoy Bonifaz, Alma, *La Comunidad Económica Europea: Banco central único y moneda común. Azaroso camino*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, Cuadernos de Economía, 1993, pp. 134 y 135.

Europa y en América del Norte, esculpidos en torno —respectivamente— a Japón, la Comunidad Económica Europea y Estados Unidos.

En tal modelo, la integración surge como una adecuada herramienta que permite afrontar con mejores posibilidades de éxito la aguda competencia internacional. Se avanza desde el esquema de comercio bilateral al de *comercio multilateral*.

Para concluir, citamos a Serra Puche⁶ quien estima que:

prácticamente todos los países han comprendido que para lograr mayores niveles de competitividad es necesario abrir su economía y vincularse a espacios geográficos ampliados, tomando en cuenta su situación geográfica, la naturaleza y monto de sus intercambios, la complementariedad económica y el potencial de desarrollo. [...] Los europeos se han propuesto la constitución de 'una Comunidad y para ello han creado diversas instituciones que rebasan el ámbito económico. En la Cuenca Oriental del Pacífico los países han limitado su vinculación a los llamados procesos de 'producción compartida'. [...] Además de estas dos formas de relación económica, que en más de un sentido han llegado a ser prototipos, pueden encontrarse otros mecanismos particulares de vinculación como son el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos,⁷ el Pacto Andino⁸ y el Mercosur que recientemente pusieron en marcha Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.

III. LA PUESTA EN MARCHA DEL TLC ANTE UN MERCOSUR EN CIERNES

Enmarcados en este esquema, imbuidos de los principios de integración y urgidos por las severas imposiciones contextuales, es que surgen el TLC y el Tratado de Asunción.

⁶ Serra Puche, Jaime, *Hacia un tratado de libre comercio en América del Norte*, México, Porrúa, 1991, pp. 7 y 8.

⁷ Hace referencia el autor al Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte celebrado entre Estados Unidos y Canadá (que entrara en vigor el 1º de enero de 1989); conocido por su denominación en inglés: FTA (*Free Trade Agreement*).

⁸ El autor citado alude al Acuerdo de Cartagena, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969, entre Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela; persiguiendo como objetivos primordiales: la promoción del desarrollo de los países miembros; la aceleración del crecimiento a través de la integración económica; la facilitación de su participación en el proceso de integración con la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en un mercado común. Cabe acotar que Chile se retiró del Pacto Andino en el año 1976.

1. *El TLC, su entrada en vigor y los objetivos propuestos*

No obstante tratarse de información conocida, debemos recordar con relación al TLC, que en febrero de 1991 los representantes gubernamentales de Canadá, EUA y México hicieron pública la decisión de conformar un Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Luego del proceso negociador respectivo, se suscribió el aludido convenio en forma simultánea en las ciudades de Ottawa, Washington y México, el día 17 de diciembre de 1992.

Restaban sólo las correspondientes aprobaciones parlamentarias en cada uno de los países, las que —una vez sorteadas—,⁹ permitieron que el Tratado Trilateral de Libre Comercio de América del Norte, entrara en vigor el 1 de enero de 1994.

Como bien señala Witker,¹⁰

el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es la culminación jurídica de un largo proceso histórico en el sistema multilateral de comercio entre países. Se trata de establecer una zona de libre comercio, bajo las premisas del artículo XXIV del GATT, entre dos países con similares indicadores económicos (EEUU y Canadá forman parte del Grupo de los Siete países más industrializados) y México, país de perfil de potencia media y ubicado en un lugar de privilegio en América Latina y el mundo en desarrollo.

El TLC consta de un preámbulo y ocho partes, que contienen veintidós capítulos.

Como se adelantara, sustancialmente el Tratado establece una zona de libre comercio (*cf.* artículo XXIV del Acuerdo General sobre

9 A título informativo, recordamos que en *Canadá* el TLC fue aprobado por la Cámara de los Comunes el 27 de mayo de 1993, por 140 votos contra 120, y por el Senado por 47 votos contra 30, el 23 de junio; en lo que respecta a *Estados Unidos*, el Congreso aprobó el TLC por 234 votos contra 200, el 17 de noviembre de 1993; y, en *México*, el Tratado fue aprobado por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el 22 de noviembre de 1993. Respecto de la aprobación mexicana en último término, algunas publicaciones comentaron que se debió para evitar caer en un nuevo ridículo, como el sufrido en diciembre de 1859, cuando el senado estadounidense rechazó el *Tratado McLane-Ocampo* (para que EUA construyera un canal en el Istmo de Tehuantepec), cuando ya los senadores de México habían aceptado al acuerdo.

10 Witker, Jorge, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, t. I, p. 13.

Aranceles Aduaneros y Comercio),¹¹ fijando los siguientes objetivos (*cf.* artículo 132.1 TLC) que —afirma— serán “desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de *trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia*”:¹²

- Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los territorios de las Partes;
- promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
- aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
- proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes;
- crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y
- establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.

Básicamente, tal es el esquema dispositivo del TLC, que pretende —entre otros propósitos igualmente fundamentales—, crear un mercado más extenso y seguro para los bienes y los servicios producidos en sus territorios (*cf.* Preámbulo TLC); en el contexto del mercado regional más grande del mundo (abriéndose las puertas a aproximadamente 360 millones de consumidores potenciales, con un producto interno bruto [PIB] de seis millones de millones de dólares).

11 Al respecto, Héctor Fix Fierro y Sergio López Ayllon afirman: “El artículo XXIV del GATT permite la creación de zonas de libre comercio, exceptuando a los países que las establezcan, de la obligación de otorgar trato de nación más favorecida a terceros países, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, a saber: que no aumenten los aranceles y reglamentaciones comerciales a los países que no son miembros de la zona y que se eliminen, en un plazo razonable, las barreras comerciales sustancialmente en todo el comercio entre los países miembros”; “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la globalización del derecho”, *Ibid.*, p. 22, nota 10 a pie de página.

12 El principio zonal de transparencia, anunciado en el artículo 102.1, persigue medularmente fluidificar la comunicación entre los particulares y la autoridad. Al respecto, ver las disposiciones del capítulo XVIII del TLC (el subrayado en el texto es mío).

2. *El Tratado de Asunción en vigor y el Mercosur en el horizonte*

El 26 de marzo de 1991 la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay suscribieron el Tratado de Asunción (que recibió el nombre de la ciudad donde fue firmado); por el que las Partes “deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará ‘Mercado Común del Sur’ (Mercosur)” [*cf.* artículo 1, primera parte].

El Tratado consta de un preámbulo y seis capítulos (además de la adopción de un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia, establecidas — respectivamente— en los Anexos II, III y IV; de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 del Tratado). Fue complementado posteriormente por el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, firmado en la ciudad homónima el 17 de diciembre de 1991. Luego (en 1992) se fijó un cronograma de avance de los grupos y subgrupos de trabajo en el denominado Plan de Las Leñas (Mendoza, República Argentina).

Un antecedente de suma trascendencia para el Tratado de Asunción, debe buscarse en el proceso integrativo binacional encarado por Argentina y Brasil a partir de 1985 (por los entonces presidentes Alfonsín y Sarney, respectivamente); concretado en diversas etapas hasta el momento y que, curiosamente, aún pervive y coexiste con el Tratado de Asunción.¹³

Este último fija las pautas a establecer durante la transición hasta la concreción del Mercosur. En ese sentido, Dalla Via¹⁴ apunta que

es un Tratado Internacional, cuyo objeto es la creación de un Mercado Común. No debe considerarse como un tratado final constitutivo del Mercosur, sino como un instrumento de carácter internacional destinado a hacer posible su concreción. El mismo establece el camino, el proce-

13 En torno de ello, ha sostenido Marcelo Halperin: “La posibilidad de tratamientos discriminatorios en el seno del Mercosur, está, en parte, vinculada a la superposición de compromisos de integración. En la medida que Argentina y Brasil continúen activando su esquema bilateral, dado el poder económico relativo que acumulan frente a Paraguay y Uruguay, quedará conformado una especie de ‘campo magnético’ que perturbará los procesos de adopción de decisiones cuatripartitas”; “Lealtad competitiva y dilemas de la integración: el caso del Mercosur”, *Integración Latinoamericana*, INTAL, año 17, núm. 184, noviembre de 1992, p. 40.

14 Dalla Via, Alberto, “Mercosur. Su compatibilidad con otros tratados de integración latinoamericana”, *El Mercosur. Aspectos institucionales y económicos*, *op. cit.*, p. 96.

dimiento, la forma, y el contenido del proceso para llegar al objetivo de constituir el Mercado Común.

El Tratado establece que el Mercado Común a conformar, implica:

- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países;
- el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común en relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;
- la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes;
- el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Por último, es necesario añadir que los principios de gradualidad, flexibilidad, equilibrio (*cfr.* Preámbulo del Tratado) y de reciprocidad (artículo 2 *ibid.*), proporcionan sustancia al proceso de constitución del Mercosur.

IV. ACERCA DE ALGUNAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS QUE SURGEN DE AMBOS TRATADOS

Resultaría imposible pretender abordar un análisis exhaustivo de las similitudes y diferencias que surgen del TLC y el Tratado de Asunción; lo que por otra parte, excedería totalmente el marco de este breve ensayo.

Sólo motiva el presente acápite, el propósito de enunciar rápidamente algunas de las coincidencias y divergencias que presentan los acuerdos en discusión.

1. *Algunas similitudes*

A. Sustancialmente ambos tratados se enmarcan en la común decisión de los respectivos Estados Partes de diseñar mecanismos de integración, que indudablemente, resultan indispensables para afrontar con ciertas posibilidades de éxito los nuevos desafíos que plantea la vigorosa expansión del comercio mundial.¹⁵

15 *Vid. supra*, punto 2, "Breve Introducción".

B. Por otra parte, convergen asimetrías estructurales internas entre los países signatarios de ambos acuerdos. Estos plasman la integración de naciones con marcada disparidad en sus potenciales y en sus niveles de desarrollo.

a. En relación con el TLC

Es obvio que resultan incomparables macroeconómicamente Estados Unidos y México. Otro tanto sucede al intentar parangonar México y Canadá. En tal sentido, sólo basta mencionar que la población de Estados Unidos es tres veces superior a la de México y su PNB es 30 veces mayor al del país azteca, mientras que la capitalización de la Bolsa de Valores de México representa una quincuagésima parte de la de los valores que se comercian en Estados Unidos. En cuanto a las proporciones del mercado, en México el número de personas que tienen poder adquisitivo es de alrededor de 10 millones, en tanto que Canadá tiene 30 millones, en un mercado más homogéneo.¹⁶

En dicho contexto, es importante reiterar que el TLC plantea la integración de dos países del primer mundo (Estados Unidos y Canadá) con una nación de potencia media (México).

Asimismo, el TLC importa el proceso integrativo de culturas jurídicas diversas: Estados Unidos y Canadá (derecho anglosajón), por una parte; y México (derecho continental románico), por la otra.¹⁷

Por último, y a mero título informativo, es dable recordar que Estados Unidos y Canadá presentan (cada uno de ellos) una superficie aproximadamente cinco veces mayor a la de México.

b. En relación con el Tratado de Asunción

Existen fuertes desniveles a nivel macroeconómico y de desarrollo entre los *tándems* Argentina-Brasil y Paraguay-Uruguay; con un fuerte desequilibrio en favor del primero de ellos.

16 Datos extraídos de la ponencia "El TLC y la globalización", presentada por Sofía Méndez en el seminario: 'México: Integración y globalización. ¿Antecedentes de un nuevo modelo de desarrollo?'; citada por Alicia González Girón en su artículo, con idéntico título al seminario mencionado, *Revista Latinoamericana de Economía*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, vol. XXIII, enero-marzo de 1992, núm. 88, p. 221.

17 En sentido coincidente se expresó Jorge Witker, en la oportunidad aludida en la nota 2 del presente.

Tales diferencias han llevado a algunos autores, como Jaguaribe,¹⁸ a sostener que:

El Mercosur es mucho menos importante para el Brasil y la Argentina que para Uruguay y Paraguay. En el mejor de los casos involucrará un 20% de la producción argentina y un 10% de la de Brasil. No es despreciable, pero no es exactamente una solución para esos dos países.

Tampoco puede negarse la superioridad industrial y tecnológica brasileña sobre los restantes países, que posiciona a Brasil en una situación de privilegio en la colocación de bienes de capital y manufacturas; sin olvidar otras asimetrías (quizás corregibles a menor plazo), como por ejemplo, el mayor costo de la electricidad, el gas o el transporte en Argentina con relación a los demás Estados Partes.¹⁹

Es importante también observar la diferencia que entre estos dos países surge a partir de la política proteccionista implementada por Brasil para sus exportaciones agrícolas e industriales (mediante reembolsos y subsidios).

Paralelamente, se visualizan grandes diferencias en materia de población y superficie (diferencias sociológicas, demográficas y geográficas).

Así por ejemplo, la población de Brasil es más de cinco veces superior a la de Argentina y más de cuarenta veces mayor que las de Paraguay y Uruguay.

En relación con el espacio de integración, Brasil presenta el doble de superficie que Argentina; veinte veces mayor a la de Paraguay y casi cincuenta veces superior a la de Uruguay.

Además, se aprecian desniveles en los planos de desocupación y estabilidad económica. En efecto, los índices de desocupación que presenta Brasil son muy superiores a los de Argentina; mostrando también, aquel país una incontenible inflación y constantes devaluaciones de su moneda, a diferencia de lo que ocurre en Argentina, donde aparentemente la inflación estaría controlada y la estabilidad garantizada (habiéndose avanzado bastante en el marco de la confiabilidad de esta nación como destino de las inversiones extranjeras).

Existen también asimetrías desde el punto de vista normativo, tanto constitucional, cuanto infraconstitucional.

18 Helio Jaguaribe, mencionado por Morello, Augusto Mario, "Pórtico, teoría y realidad", *El Mercosur. Aspectos ..., cit.*, p. 2.

19 Cfr. Corvo Dolcet, Natalia, "Los procesos de integración en América Latina en los '90. ¿Un horizonte deseable o inevitable? Otra lectura posible sobre el desarrollo del Mercosur?", *El Mercosur. Aspectos..., cit.*, p. 78.

A modo ejemplificativo, se puede mencionar que —a diferencia de lo que ocurre con los restantes países—, Argentina no posee en su articulado constitucional, una norma que permita de modo expreso la integración regional.²⁰

Otra de las desigualdades que se puede enumerar, es que la República Argentina adolece de una ley que plasme la flexibilización laboral (a diferencia de Brasil, por ejemplo); circunstancia entendida por algunos analistas como de suma importancia para el futuro desarrollo del Mercosur.²¹

Sintetizando, en aras de un auspicioso porvenir del Mercosur, será indispensable sortear las asimetrías existentes; tal como lo enseña el maestro Morello,²² cuando asevera:

...innecesario será repetir que es fundamental reducir los desniveles en las políticas macroeconómicas, buscar la más rápida aproximación en los similares registros de desarrollo y reducir notorias asimetrías. Ello así en costo de mano de obra, energía, relación cambiaria, políticas de exportaciones y promoción de inversiones, diferencias arancelarias, aunadas a la homogeneidad en los sistemas tributarios. También dirigencias que operen en niveles de capacitación uniforme, sin que ningún perfil exportador individual quebrante hegemónicamente el ritmo de los demás países integrados.

C. Por último y como ya se adelantara, existe coincidencia por cuanto en las respectivas negociaciones de ambos convenios, no se privilegió el aspecto jurídico *vis à vis* la perspectiva economicista.

Reviste gran importancia el punto, a poco de pensar que el TLC establece una zona de libre comercio para aproximadamente 360 mi-

20 Más adelante se abordará con mayor profundidad el problema de la carencia que, desde este aspecto, ofrece la Carta Magna argentina; y la necesidad de su reforma.

21 No obstante lo apuntado, en la República Argentina desde hace tiempo tiene estado parlamentario el denominado "paquete de leyes laborales o reforma laboral" (que consagra, entre otras cosas, la denominada "flexibilización laboral"); el que por una u otra razón, no recibe sanción definitiva en el Congreso de la Nación.

Las últimas informaciones que dan cuenta sobre los "giros" del proyecto, consignan que el mismo llegaría a la Cámara de Diputados después de los comicios del 10 de abril de 1994 (para elección de constituyentes).

Por otra parte, y en relación con la importancia atribuida a la denominada "integración en materia laboral", se ha dicho: "*Sin una correcta integración laboral, todo el sistema del Mercosur sufrirá serios embates, pues si media una diferencia apreciable en los contratos laborales, ello incidirá claramente sobre los costos industriales y comerciales y producirán graves consecuencias que pueden hasta hacer fracasar la integración propiciada por el Mercosur*"; *cf.* Ruprecht, Alfredo, "Reflexiones sobre la integración laboral en el Mercosur", *La Ley*, Buenos Aires, 15 de octubre de 1992, p. 1.

22 Morello, Augusto Mario, "Pórtico, teoría y realidad", *El Mercosur. Aspectos...*, *cit.*, pp. 1 y 2.

llones de personas, y el Tratado de Asunción un mercado común destinado a 180 millones de consumidores potenciales; de lo que surge claramente que las puestas en funcionamiento de tales mecanismos de vinculación económica producirán una serie de conflictos y complicaciones que —como sostiene Witker—,²³ “están en el limbo jurídico” por lo que los juristas deberán estar muy atentos para prefigurar potenciales soluciones.

2. *Ciertas diferencias*

Algunas de las diferencias resultan totalmente obvias; ello no obstante, las puntualizaremos a título informativo o recordatorio.

A. No existe punto de comparación posible entre la importancia de las naciones que suscriben uno y otro tratado.

En el caso del TLC se reúnen países con enorme potencial, como Canadá y Estados Unidos (ubicados dentro del grupo de las siete naciones más industrializadas del mundo) con uno de potencia media —como México—, en situación expectante en el contexto de América Latina.

En relación con el Tratado de Asunción, se integran dos países de buen perfil en Latinoamérica (como Brasil y Argentina), con dos socios menores (Uruguay y Paraguay); conformando un esquema que ni remotamente puede compararse con el del TLC.

Asimismo, el TLC establece una zona de libre comercio que conforma uno de los mega-bloques de la economía mundial: América del Norte, que reconoce como eje, precisamente, a Estados Unidos; situación absolutamente diversa de la de los países del Cono Sur que, en tanto región periférica (como toda América Latina), muy lejos está de revestir la trascendencia del grupo de América septentrional en el concierto mundial.

B. Concurren grandes diferencias en cuanto a las respectivas proporciones e importancia de los modelos de vinculación económica que establecen ambos Tratados.

Así, el TLC crea la zona de libre comercio más gigantesca del mundo, con un mercado potencial de 360 millones de consumidores (en una superficie cercana a los 21 millones de kilómetros cuadrados).

El Tratado de Asunción, por su parte, pretende concretar un mercado común que involucrará a 180 millones de personas (en un área de aproximadamente 13 millones de kilómetros cuadrados). Es decir,

²³ Así lo expresó Jorge Witker en la oportunidad señalada en las notas 2 y 16 del presente.

convergen circunstancias diferenciales tanto cualitativas como cuantitativas, en virtud de que a lo referido precedentemente, debe añadirse el hecho de que tampoco podría compararse el Producto Interno Bruto (PIB) de las naciones que firman el Tratado Trilateral de Libre Comercio con las del futuro Mercosur. Baste para clarificar la divergencia, que la zona de libre comercio creada por aquél, hará circular un PIB de —aproximadamente— seis millones de millones de dólares; en tanto el mercado común (que prevé consolidar el Tratado de Asunción), sólo un PIB interno integral de 550 mil millones de dólares y un PIB promedio por habitante de 2 mil 750 dólares.

C. Se advierte otra diferencia en cuanto al tipo de integración que plasma cada uno de los Tratados *sub discussio*.

El TLC establece una *zona de libre comercio*, mientras que el Tratado de Asunción prevé la consolidación de un *mercado común*.

Se trata de un aspecto de suma importancia, pues existen divergencias sustanciales entre ambos modelos, que denotan diferentes modalidades de vinculación de las economías de los países signatarios; y que, a su vez, motorizan efectos dispares, de acuerdo con la intensidad de integración pretendida.

Así, en una *zona de libre comercio* sólo se reducen o eliminan los aranceles y otras barreras al comercio de bienes y/o servicios entre los Estados Partes, pero cada uno de ellos conserva su propia política comercial —arancelaria y no arancelaria— frente a terceros países.

A su turno, un *mercado común* implica un estado de integración más intenso, desde que permite los flujos libres de factores y recursos entre los países que lo conforman, la unificación de sus monedas, el establecimiento de instituciones políticas comunes, etcétera.

De ello se desprende que la zona de libre comercio que establece el TLC importa un grado más tenue de integración en relación con el mercado común que pretende consolidar el Tratado de Asunción, en el marco del *continuum* de modalidades vinculativas que pueden plasmarse.²⁴

D. Las disposiciones del TLC tienen carácter regulatorio de la zona de libre comercio que establece el aludido convenio.

²⁴ *Vid.*, para ampliar sobre las diversas modalidades del *continuum* —entre muchos otros—: Sosa, Gualberto Lucas, "Comunidad Económica del Mercosur...", *cit.*, pp. 45 y 46; Dalla Via, Alberto, "Mercosur. Su compatibilidad ...", *cit.*, pp. 83 y 84; Colautti, Carlos E., "El Tratado del Mercado Común del Sur: respuestas e interrogantes", *La Ley*, 20 de agosto de 1993, Buenos Aires, p. 1; García Rocha, Adalberto y Kehoe, Timothy, "Efectos del Tratado de Libre Comercio sobre la Economía Mexicana", *Hacia un Tratado de Libre Comercio...*, *cit.*, pp. 212 y 213.

En cambio, las normas que adopta el Tratado de Asunción se refieren a la presente *etapa de transición*, que comprende desde la suscripción del convenio, hasta la conformación del Mercado Común del Sur (Mercosur), a partir del 31 de diciembre de 1994.

Así por ejemplo, el sistema de solución de controversias plasmado en el Tratado (mediante el Protocolo de Brasilia, que constituye uno de sus Anexos) está destinado a la transición, debiendo —una vez concretado el mercado común—, implementarse un mecanismo definitivo.

E. Otro elemento distintivo entre los países que conforman ambos Tratados, es el marcado desnivel de madurez político-institucional.

Surge nítida la solidez de las democracias de los Estados Partes del TLC, frente a la fragilidad de los regímenes del Cono Sur.

La endeblez de estos últimos cobra vida a partir de las deletéreas consecuencias que en el devenir de sus democracias han provocado los reiterados golpes militares y/o las furtivas irrupciones de gobiernos totalitarios con ansias de perpetuación en el poder.

Es sólo en época reciente cuando comienza a perfilarse una estabilidad democrática sostenida en estos países, que ojalá continúe con firmeza.

V. DIMENSIÓN JURÍDICA DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

La entrada en vigor del TLC y del Tratado de Asunción ha reactualizado la polémica doctrinaria relativa a la inserción de los convenios internacionales en el derecho interno de los países signatarios.

La cuestión engendra algunos interrogantes de difícil respuesta; *v.g.* ¿qué ocurre cuando el tratado internacional se incorpora (luego de haber cumplido el *iter* constitucional) al derecho nacional?; o ¿qué sucede con el orden de prelación establecido constitucionalmente, cuando dicho convenio penetra en el orden jurídico interno?

Por supuesto, se trata de una ríspida problemática que trasciende la mera frontera del enfoque teórico o doctrinario, para incursionar en el terreno pragmático y tangible de los inconvenientes que puede plantear la vertebración de los acuerdos en estudio en la estructura jurídica interna de las naciones que a su turno, los han suscripto.

Tomaremos como marco referencial para el tratamiento del tema, los casos de México y Argentina; dado que ofrecen puntos de gran interés.²⁵

²⁵ Además de los que se reseñarán más adelante, otro aspecto de suma importancia, es la coincidencia que trasuntan ambos textos en la redacción del marco de supremacía constitucional. Ello obedece a la unicidad de la fuente empleada, desde que

En el primero de ellos, se ha elaborado una interesante hipótesis para superar el conflictivo contacto, cuya presentación se ofrecerá en este trabajo.

En Argentina, por su parte, la carencia de una norma constitucional que expresamente contemple y autorice la integración regional (a diferencia de los restantes países que integran el Mercosur), unida a la actividad jurisprudencial desplegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para buscar salida al problema de la relación entre el derecho de los tratados internacionales y el derecho interno; constituyen aristas de sumo interés que merecen análisis, más cuando en este momento en el país *soplan vientos de reforma constitucional*, por lo que —a nuestro juicio— no debe desaprovecharse la ocasión para diseñar una adecuada solución a tan controvertida temática.

1. *De monismos y dualismos*

Brevemente recordamos que existen dos grandes corrientes que analizan la relación del derecho internacional con el ámbito jurídico interno: el *monismo* y el *dualismo*.

El *monismo* plantea que el derecho internacional entraña el fundamento de validez de los derechos nacionales, de tal manera que si existen conflictos entre ambos, prevalece el derecho internacional.

Por su parte, el *dualismo* sostiene la coexistencia independiente entre el derecho internacional y los derechos nacionales, entendiendo que aquél sólo recibe validez si éstos lo incorporan a su ordenamiento jurídico, cumpliendo los requerimientos de los mecanismos de creación del derecho previstos en cada Constitución.²⁶

2. *Los tratados internacionales (y por extensión, el TLC) en el ordenamiento jurídico mexicano*

El artículo 133 de la Constitución mexicana dice a la letra:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del

tanto el artículo 133 de la Constitución de México, cuanto el artículo 31 de la de Argentina; han seguido prácticamente en forma literal, lo previsto por el artículo VI párrafo 2º de la Constitución de Estados Unidos de América.

²⁶ Vid. Quiroga Lavie, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987, p. 436.

Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

Con ello se acredita que los tratados internacionales que se adecuen a lo establecido por la normativa constitucional, son ley suprema de la Nación.

Planteado el interrogante acerca de cuál de dichos instrumentos (Constitución o tratado) debe prevalecer en caso de contradicción; aparece como indiscutido que es el tratado el que debe *conformarse* a la Constitución. Al menos tal es la solución que emerge del propio texto del artículo 133 constitucional que así lo exige: "... y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma [la Constitución] ... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...".

Cabe recordar que el texto primigenio del aludido artículo 133 *ibid.* no requería que los tratados internacionales se conformaran a la Constitución. Fue por reforma operada en el año 1934, que se introdujo expresamente la exigencia de que tales instrumentos debían *estar de acuerdo* con la norma fundamental, para ser considerados "*Ley Suprema de toda la Unión*".²⁷

Si bien en apariencia,²⁸ la cuestión sería *sencilla* en materia de conexión entre el tratado internacional y la Constitución federal; el

27 En relación con tal reforma, Carrillo Flores ha expresado que tal agregado fue "en verdad innecesario, pues obviamente el presidente de la República, ni aun con la aprobación del Senado podía modificar la Constitución, que a ello equivaldría concertar un tratado que la contrariase"; Carrillo Flores, Antonio, Jornadas en Homenaje a la Constitución Mexicana de 1917 en su Sexagésimo Aniversario, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1977, p. 28; citado por Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Aproximaciones al marco jurídico internacional del Tratado de Libre Comercio", *El Tratado de Libre Comercio...*, cit., p. 70.

28 Decimos sólo en apariencia, pues el problema reconoce connotaciones mucho más profundas de las que emergen a primera vista. No obstante la fórmula del artículo 133 constitucional (de cuya interpretación literal surge la solución jurisprudencial para los supuestos de conflicto entre tratado internacional y Constitución federal), estimamos que la entrada en vigor del TLC suscitará una serie de cuestiones que entrañarán la posible colisión de normas del tratado con preceptos constitucionales. Adame Goddard apunta una serie de posibles "conflictos de constitucionalidad", entre los que mencionaremos, a guisa de ejemplo, los siguientes: artículo 5º (libertad de trabajo y ejercicio de profesiones), 11 (emigración e inmigración), 25 (rectoría económica del Estado y exclusividad del mismo para la explotación de las "áreas estratégicas"), 28 (prohibición de monopolios, definición de precios máximos a bienes necesarios para la economía nacional), 94 (facultad del Poder Judicial Federal para interpretar los tratados internacionales y constituir al respecto jurisprudencia obligatoria), etcétera; Vid. Adame Goddard, Jorge, "El Tratado de Libre Comercio en el orden jurídico mexicano", *El Tratado de Libre Comercio...*, cit., t. I, pp. 87 y 88.

problema se complica cuando se trata de determinar la ubicación del tratado, de cara a las leyes federales mexicanas. Es decir, la difícil problemática de la posición de tales instrumentos infraconstitucionales (que son Ley Suprema de la Unión) en el contexto de prelación.

Vale decir, se entorpece la resolución del problema ante la pregunta de si el tratado internacional tiene idéntica jerarquía a la de la ley del Congreso de la Unión que emane de la Constitución; o si por el contrario, tiene mayor o menor jerarquía que ésta.

Por otra parte, se oscurece el panorama dado que la reciente Ley Mexicana sobre la Celebración de los Tratados²⁹ ha guardado silencio al respecto, sumiendo la cuestión en un peligroso cono de dudas y sombras.

Y es que el artículo 133 de la Constitución mexicana no concreta diferencia jerárquica en favor de ninguno de dichos instrumentos, lo que —obviamente— dificulta la cuestión; engendrando un gran debate doctrinario³⁰ acerca de la hermenéutica de tal norma.

Es importante el interrogante, pues de su respuesta depende la forma de conferir solución a ciertas cuestiones; *v.g.*: ¿puede la ley derogar un tratado? o ¿puede el tratado enervar las disposiciones de una ley?

Al respecto, Adame Goddard³¹ [a quien seguiremos en adelante] sostiene:

El planteamiento con que hasta ahora se ha visto la cuestión de las relaciones entre el tratado y la legislación federal, esto es analizar el tratado bajo la perspectiva de su incorporación y lugar en el orden jurídico nacional, es un planteamiento que ya agotó sus posibilidades y que sólo conduce a un callejón sin salida: o se decide que los tratados prevalecen sobre la legislación federal, y entonces se contradiría la Constitución en cuanto dispone que las leyes aprobadas por el Congreso no pueden modificarse o derogarse, si no es a través del mismo procedimiento que las llevó a su publicación. O se resuelve que prevalecen las leyes aprobadas por el Congreso y entonces se permitiría que el Congreso modificara unilateralmente el contenido de los tratados, violando así el principio *pacta sunt servanda*.

Para superar el espinoso problema, el autor citado ha elaborado una interesante hipótesis que (a nuestro juicio), constituye un valioso aporte en la materia.

29 Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992.

30 *Vid.*, al respecto, Adame Goddard, Jorge; *ibid.*, pp. 90-97.

31 *Ibid.*, p. 98.

Sostiene Adame Goddard³² que

un nuevo enfoque del problema puede obtenerse retomando la llamada 'teoría dualista' del derecho internacional, que concibe [...] que el derecho internacional y el derecho nacional son dos órdenes jurídicos autónomos y diferenciados. Las relaciones jurídicas que se dan entre el derecho nacional y el internacional no son entonces relaciones de jerarquía dentro de un orden jurídico unitario, sino relaciones de coordinación entre órdenes jurídicos diferenciados. [...] Pero a esos dos estratos jurídicos específicos debe añadirse hoy un tercero, [...] el derecho mercantil internacional. Siguiendo estas ideas, el orden jurídico no es un orden unitario, no es una 'pirámide', sino un sistema ternario compuesto de tres estratos o subsistemas diferenciados, aunque coordinados entre sí: el derecho nacional, el derecho internacional público y el derecho mercantil internacional, cada uno con sus propias fuentes, ámbitos de competencia y órganos jurisdiccionales.

La propuesta de Adame Goddard constituye un plausible aporte que —sin duda— será tomado por la doctrina mexicana como punto de partida. Es que la situación actual de las relaciones tratado internacional-ordenamiento jurídico interno, ofrece endebles flancos que no podrán sostenerse a poco de comenzar a recorrerse seriamente la senda del TLC.

En tal contexto, entendemos que la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace del artículo 133 constitucional, es inadecuada. Al respecto, el Alto Tribunal sostuvo en uno de sus fallos que tal norma "no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional".³³

Tal criterio choca con la normativa de los artículos 2.1 a) y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (de la que México es parte). En efecto, el artículo 2.1.a) dice:³⁴ "se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito y regido por el derecho internacional..." (el subrayado nos corresponde); por su parte, el artículo 27 reza:³⁵

³² *Ibid.*, pp. 100 y 101.

³³ *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vols. 151-156, sexta parte, p. 186; *cit.* por Adame Goddard, Jorge, *ibid.*, p. 87.

³⁴ Texto conforme a Székely, Alberto (comp.), *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, t. I, p. 178.

³⁵ *Ibid.*, p. 188.

Artículo 27: El derecho interno y la observancia de los tratados: *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.* Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.³⁶

Por otra parte, lesionaría también el principio *pacta sunt servanda*, establecido en el artículo 26 de la aludida Convención; que expresa: "Artículo 26: *Pacta sunt servanda*: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".³⁷

Debe ponerse de resalto lo precedente, pues como afirma Gómez-Robledo Verduzco:

...la mayoría de las cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de un eventual Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre México, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá deberán ser despejadas a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.³⁸

Además, como se expusiera, de no resolverse adecuadamente el problema, la *praxis* del TLC puede desnudar una serie de falencias; puesto que el sistema actualmente en vigor en México preceptúa que "las disposiciones de un tratado que contravengan la Constitución mexicana no tienen eficacia jurídica en México".³⁹

Y como tampoco se resuelve adecuadamente el problema de la ubicación del tratado en relación con las leyes federales, pues nada establece sobre el particular la Ley Mexicana sobre Celebración de los Tratados Internacionales, estimamos de gran importancia que en el futuro se tomen los recaudos necesarios para la reforma de tal normativa; expidiéndose —la enmienda— en forma expresa sobre tan conflictiva materia.

³⁶ El subrayado es nuestro. Por su parte, el artículo 46 *ibid.*, expresa: "Artículo 46: Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados: 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe". *Cfr.* con *ibid.*, pp. 195 y 196.

³⁷ *Ibid.*, p. 188.

³⁸ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Aproximaciones al marco jurídico internacional del Tratado de Libre Comercio", *El Tratado de Libre Comercio ...*, cit., t. I, p. 56.

³⁹ Adame Goddard, Jorge, *ibid.*, p. 87.

Como agravante, es importante destacar la inadecuada fórmula que contiene la ley *supra* citada en su artículo 9, que nos permitimos transliterar:

Artículo 9. El gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los organismos de decisión de los mecanismos de solución de controversias a que se refiere el artículo 8 cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la nación.

Resulta bastante sintomático que luego de que el tratado internacional ha discurrido todo el camino constitucional para su aprobación y sanción, se someta a la discrecionalidad del Estado Mexicano el reconocimiento de cualquier resolución de los organismos creados para la solución de controversias, bajo conceptos tan *versátiles* y *difusos* como los de seguridad, orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación. En tal sentido, Méndez Silva⁴⁰ sostiene:

No es aceptable que la base de las obligaciones de los Estados se sujete a unilateralidades caprichosas [...] Se olvida que una de las luchas sostenidas por México es la afirmación de la solución pacífica de las diferencias internacionales y que ha pugnado porque las decisiones arbitrales y judiciales se cumplan escrupulosamente.

Tampoco nos parece coherente (para un país con la definida intención de integrarse), que la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haga del tratado, *prevalezca* sobre la que formulen los organismos *ad hoc* establecidos por aquél; pues ello conduciría a que México podría sustraerse al cumplimiento de ciertas obligaciones emergentes del convenio, so pretexto de que su más alto tribunal ha interpretado la cuestión en sentido diverso. Al respecto, Adame Goddard⁴¹ sostiene:

... admitir esta posibilidad sería negar la eficacia jurídica del tratado pues equivale a decir que es obligatorio para cada una de las partes solamente en el sentido y medida que cada una de las partes interprete que es obligatorio, o que una sola de las partes tiene el derecho a interpretar el tratado vinculativamente para las tres.

40 Méndez Silva, Ricardo, "La ley de 1992 sobre la celebración de tratados", *Modernización del derecho mexicano. Reformas constitucionales y legales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 334.

41 Adame Goddard, Jorge, *ibid.*, p. 89.

En síntesis, y para concluir, pensamos que magistrados, legisladores y juristas tienen una gran tarea por delante, en la trascendente misión de rediseñar las relaciones entre el tratado internacional (específicamente el TLC) y el ordenamiento jurídico interno; de modo que, sin soslayar eminentes principios vinculados a la soberanía del Estado, se permita que las normas del TLC se imbriquen en el derecho interno de la manera menos traumática posible, como reaseguro de una sana pervivencia del Tratado Trilateral de Libre Comercio. En tal contexto, y como punto de partida, nos parece de gran importancia el aporte del maestro Adame Goddard como novedoso enfoque para superar tan espionosa cuestión.

3. *Tratados internacionales (con especial referencia al de Asunción) y derecho interno argentino*

A. *El derecho subregional comparado*

Uno de los problemas que afronta el ordenamiento jurídico argentino es que la Constitución de 1853/60 no ha contemplado la problemática de la integración regional.⁴²

Ello determina una obvia desigualdad en relación con los restantes países que suscribieron el Tratado de Asunción; los que, con constituciones mucho más modernas, pudieron (y así lo hicieron) viabilizar normativamente los aludidos procesos integrativos.

Así, de un rápido repaso del derecho subregional comparado, surge que la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, han plasmado constitucionalmente sus propósitos integracionistas.

En tal contexto, debemos recordar que la República Federativa del Brasil de 1988 establece en su artículo 4º, parágrafo único:

La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, aprobando la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.⁴³

42 En vigencia, hasta la realización del presente trabajo.

43 Cfr. *Constituição República Federativa do Brasil* (trad. de Víctor Bazán), *Centro Grafico do Senado Federal*, Brasília (Brasil), 1988; que textualmente reza: "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos de América Latina, visando à formação de uma comunidade latinoamericana de nações".

Por su parte, la Constitución de la República del Paraguay, sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992, establece en su parte segunda, título I, capítulo II "De las Relaciones Internacionales", artículo 145, "Del orden jurídico supranacional":

La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.

Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.⁴⁴

En su turno, la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1966 (que entró en vigor en 1967), establece en la sección I^a: De la Nación y su soberanía, capítulo IV^o, artículo 6^o:

La República procurará la integración total y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de los servicios públicos.⁴⁵

Además de la desigualdad en la previsión constitucional que refleja Argentina con relación a las aludidas naciones, debemos destacar la incertidumbre y falta de seguridad que tal carencia conlleva en el derecho interno argentino; en el que se ha debido recurrir a la enseñanza de la doctrina y a la interpretación jurisprudencial para disimular la ausencia de norma expresa.

Aparentemente, el problema va a ser superado —al menos en cuanto a la dimensión normativa— a partir de la reforma constitucional en ciernes; en cuya etapa previa se ha deslizado la voluntad de contar con un artículo específico que contemple los procesos de integración regional y continental.⁴⁶

44 Cfr. Tellechea Solís, Antonio (índice analítico) y Lezcano Claude, Luis (Concordancias), *Constitución de la República del Paraguay*, Paraguay, La Ley Paraguaya SA, 1992, p. 78.

45 Cfr. *El Constitucionalismo en las postrimerías del Siglo XX. Las constituciones latinoamericanas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, p. 1131.

46 En efecto, en la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional se incorporó un *capítulo nuevo*, en el que el Parlamento habilita temas no consensuados en el acuerdo justicialista-radical (Pacto de Olivos), y que serán definidos por la Convención Constituyente; entre los que se cuentan los institutos para la integración, cuestiones sobre la jerarquía de los tratados internacionales y la correlativa ampliación de las atribuciones del Congreso de la Nación.

B. *La Constitución de 1853/60 y una interpretación doctrinaria de lege lata*

Frente a la importancia de los fenómenos de integración y la suscripción del Tratado de Asunción (Ley 23.981, sancionada el 15 de agosto de 1991 y promulgada el 4 de septiembre de 1991), en la Argentina se ha reavivado la polémica doctrinaria acerca de si una eventual transferencia de competencias a un órgano supranacional (con preeminencia del derecho comunitario sobre el interno) recibiría andamiaje legitimante en la Constitución Nacional; o si acaso, sería contraria a la Constitución Nacional, lesionando el principio de soberanía que de ella fluye y por extensión, la cláusula de supremacía consagrada por el artículo 31 *ibid.* Como título informativo, recordamos que dicha norma estatuye: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación ...".

También (por su utilidad para una mejor comprensión del problema), rememoramos el artículo 27 de la Constitución Argentina, que establece:

El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

La discusión gira en torno a si se puede circular o no por el camino del derecho comunitario sin proceder a la reforma constitucional.⁴⁷

Al respecto, el destacado constitucionalista Vanossi,⁴⁸ ha sostenido la ineludible necesidad de reformar la Constitución (para plasmar el derecho comunitario)

por: a) Tratarse de una competencia inherente al poder constituyente, que no puede ser abordada por el Poder Legislativo; b) si se transfiriera parcialmente alguna competencia a un órgano transnacional, se afectaría

⁴⁷ Vid. nuestro trabajo "Soberanía versus Integración: ¿Una antinomia superada?", *Entre abogados*, (Publicación del Foro de Abogados de San Juan), San Juan, Argentina, año 1, núm. 1, octubre-diciembre 1993, pp. 6 y 8.

⁴⁸ Vanossi, Reinaldo, "Supremacía y control de constitucionalidad", *Teoría constitucional*, Buenos Aires, 1976, t. II, pp. 227 y ss.; *cit.* por Sosa, Gualberto Lucas, *El Mercosur. Aspectos...*, *cit.*, p. 58, nota 39.

la soberanía y con ello la cláusula de la supremacía que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional; c) se menoscabaría además el art. 27 de la Ley Fundamental, por cuanto todo Tratado debe ajustarse a los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

La restante vertiente de opinión⁴⁹ entiende que no serían alcanzados por el estigma de la inconstitucionalidad, los tratados que prevean la transferencia parcial de competencias en organismos supranacionales (a la luz de la previsión constitucional vigente).

En nuestra opinión: Estimamos que hasta el presente se ha transitado por la senda del derecho comunitario utilizando una astuta solución ocasional, respecto de lo que coincidimos con Sosa,⁵⁰ quien afirma:

En nuestro sentir, la problemática ha sido superada inteligentemente, desde el punto de vista de las trasferencias de competencia, en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, en una solución de coyuntura, a través del mecanismo que prevé el art. 31 de la Constitución Nacional, a propósito de los 'tratados con potencias extranjeras' [...] En efecto, una vez que el Tratado ha sido incorporado a nuestro derecho positivo, a través de la aprobación y pertinente ratificación, el mismo tiene primacía sobre el derecho interno.

Al respecto, recordamos que el Pacto de San José de Costa Rica —Convención Americana de Derechos Humanos—, suscripto el 22 de noviembre de 1969; fue incorporado al derecho positivo argentino por virtud de la Ley 23.054/84. El artículo 33 del Pacto crea dos órganos

competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes [...]: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...] y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos

No obstante la salida que se ha buscado para el problema, creemos que la importancia, trascendencia y proyección de la cuestión exigen mucho más que una mera solución coyuntural.

49 Posición sustentada por Sagües, Néstor P.; Bidart Campos, Germán; Cassagne, Juan Carlos, —entre otros—; *cfr.* Sosa, Gualberto Lucas, *ibid.*, pp. 58 y 59, nota 40.

50 Sosa, Gualberto, L., *ibid.*, p. 59.

Deberá aprovecharse la inminente reforma constitucional para plasmar una norma clara que viabilice la integración regional y continental, superándose el problemático vacío normativo actual. Asimismo, creemos necesaria la introducción de un precepto que permita la suscripción de tratados internacionales por los que se deleguen parcialmente competencias a organismos supranacionales, garantizándose las condiciones de *igualdad* y *reciprocidad* y, planteando la preeminencia del derecho de la integración sobre el derecho interno (siempre que, como aclara Bidart Campos, no se “desfigure la ideología personalista y democrática que la constitución contiene”). Para ello, deberá adecuarse también la respectiva disposición que en materia de atribuciones del Congreso de la Nación, se establece sobre la facultad de aprobar acuerdos internacionales.⁵¹

Es que si la decisión político-institucional de integrarse está tomada, no debe evaporarse la oportunidad histórica que se presenta para debatir orgánicamente el problema, volcando las conclusiones en una eventual modificación de la Ley Fundamental.

Es menester contar con una norma expresa y clara, que brinde seguridad jurídica y predecibilidad a los procesos de integración; declarando la necesidad de asegurar el bien común regional como causa final de los procesos integrativos. Asimismo, poder asirse al concepto de que el derecho de la integración constituye un ordenamiento jurídico independiente y diverso del orden interno (derecho nacional).

La urgencia de manejar normas constitucionales precisas al respecto, se vigoriza al pensar en que parte calificada de la doctrina argentina estima conveniente la creación de un Tribunal de Justicia Transnacional para el Mercosur;⁵² es decir, cuando se agote la pre-

51 Concordantemente, el maestro Ramella ha expresado: “Abogo por la reforma constitucional desde que escribí mi primer libro jurídico, *La Internacional Católica - Relaciones del derecho internacional con el derecho constitucional*, en el que esboqué la necesidad que la Constitución se modificase especialmente en lo que respecta al art. 27”; Ramella, Pablo, en el prólogo de su *Reforma constitucional*, San Juan, Argentina, Martín Fierro, 1992.

52 En tal sentido se han expresado: Barra, Rodolfo C. “El rol de la justicia en el proceso de integración”, *La Ley*, 1 de abril de 1992, Buenos Aires, 1992, pp. 1-3; Ekmekdjian, Miguel A., *Hacia la república latinoamericana*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1991, pp. 60 y 61; Sosa, Gualberto L., *ibid.*, p. 67; y también las conclusiones de la “declaración de Cortes Supremas de Justicia” del 9 de agosto de 1991 y el “Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercosur”, celebrado entre el 30 de octubre y el 1 de noviembre de 1991, ambos citados por Morello, Augusto Mario y Oteiza, Eduardo, “El sistema de solución de controversias del Mercosur. Lo establecido y nuevas estructuras, más realistas y efectivas”, en *El Mercosur. Aspectos...*, *cit.*, pp. 230 y 231.

sente etapa de transición y se consolide el mercado común previsto por el Tratado de Asunción (a partir del 31 de diciembre de 1994). Al respecto recordamos que durante tal transición, se ha adoptado una estructura intergubernamental sin crear entidades regionales o comunitarias.

¿Qué pasará entonces, si Argentina no cuenta con disposiciones expresas que viabilicen la transferencia de competencias a tal organismo metanacional?; ¿qué sucederá con las disposiciones que emanen de tal cuerpo jurisdiccional?; ¿tendrán aplicación prevalente sobre el derecho interno?; ¿se podrá plantear la inconstitucionalidad de las resoluciones de dicho Tribunal?; ¿podrá Argentina sustraerse al cumplimiento de las obligaciones emergentes de las sentencias de tal cuerpo de Justicia esgrimiendo óbices provenientes del derecho interno?; ¿podrá la creación de tal órgano de justicia supranacional, ser atacada de inconstitucionalidad por violación al artículo 100 de la Constitución Nacional?⁵³

Se trata de interrogantes de suma trascendencia; y seguramente, del modo como se respondan dependerá el futuro de los procesos de integración en los que se ha embarcado el país.

53 El artículo 100 de la Constitución Nacional dice a la letra: “Corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67; y por los Tratados con las naciones extranjeras de las causas concernientes a Embajadores, Ministros públicos y Cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia y sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

Un sector de la doctrina opina que la atribución de competencias efectuada por la Convención Americana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sería inconstitucional por resultar violatoria del artículo 100 constitucional, ya que podría revisarse un fallo emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; interpretación que —proyectada hacia una eventual delegación de competencias a un órgano de justicia supranacional en el marco del Mercosur—, conduciría a la obvia conclusión de la consideración de inconstitucionalidad de tal delegación por lastimar la normativa de la Ley Fundamental en su redacción vigente, concretamente al viabilizarse la sustracción (actual o potencial) a la Corte nacional del conocimiento de alguno de los puntos regidos por la Constitución (*cfr.* artículo 100).

Mutatís mutandi, nos parece interesante (por su similitud con el reparo constitucional que formula la doctrina argentina) traer a colación lo que sostiene Adame Goddard en el sentido de que existiría contradicción entre el artículo 94 —párrafo quinto— de la Constitución de México y el artículo 2001-2-c del TLC; Adame Goddard, Jorge, *ibid.*, p. 88. etcétera.

4. *La Corte Suprema de Justicia de la Nación, su visión del problema y un cambio en la senda jurisprudencial*

Siempre ha resultado conflictivo resolver el problema del orden de prelación del tratado internacional en su relación con el derecho interno (una vez incorporado a éste).⁵⁴

Es decir, si insertado el tratado en el derecho nacional —y en caso de tensión—, debe éste ceder a la legislación interna; o si por el contrario, la normativa interna deberá resignarse a la prioridad de aquél.

Al respecto, Quiroga Lavie⁵⁵ ha sostenido: “La Constitución (art. 27 C.N.) consagra una posición dualista al exigir que los tratados (deben entenderse todos los tratados y no sólo los de paz y comercio) se adecuen a ella.”

Tal interpretación (referida a la relación tratado internacional-derecho interno) constituyó doctrina jurisprudencial consolidada para nuestra Corte Suprema; hasta 1992 en que varió su criterio, pronunciándose sobre la supremacía y operatividad de los tratados en el orden nacional. Al respecto, el maestro Bidart Campos⁵⁶ enseña:

... hasta 1992, nuestra Corte Suprema siguió aproximadamente la regla de la Corte Federal de Estados Unidos para afirmar que no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Internamente, era indiscutible la posible prelación de una ley sobre un tratado, sin perjuicio de que si la aplicación de la ley en el orden interno se reputaba como incumplimiento del tratado, el estado asumiera su responsabilidad internacional. [...] En 1992, en el caso ‘Ekmekdjian c/ Sofovich’, fallado el 7 de julio, la Corte Suprema por decisión mayoritaria de cinco de sus jueces, dejó de lado su vieja y cristalizada pauta jurisprudencial, y reconoció —en orden al Pacto de San José de Costa Rica que estaba en juego para la aplicación al caso— que los tratados son superiores a las leyes.

En ese famoso caso (que implicó torcer el rumbo jurisprudencial del Alto Tribunal), la Corte resolvió que la violación de un tratado internacional puede darse tanto por la expresa contradicción con el

54 *Vid.* nuestro trabajo, *op. cit.*, p. 8.

55 Quiroga Lavie, Humberto, *Derecho constitucional, op. cit.*, p. 437.

56 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar SAECEI y F, 1993, t. I, pp. 183 y 184.

derecho interno como por la omisión de éste de sancionar disposiciones que hagan posible el cumplimiento del tratado.

Entre otros aspectos, el Tribunal estableció que:

la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por ley 19.685, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno.⁵⁷

Discurriendo idéntico sendero, la Corte sostuvo más adelante (también con referencia al Pacto de San José de Costa Rica) la doctrina de la aplicación preferente de los tratados sobre la legislación interna —aún posterior—, en la causa “Servini de Cubria, María Romilda s/ Amparo”, del 8 de setiembre de 1992; reiterando luego tal posición, en el fallo “Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 7 de julio de 1993.⁵⁸

Con ello se verifica que la Corte Suprema de Justicia de la Nación —a partir de “Ekmekdjian”— se ha enrolado en la tesis monista, consagrando la admisión de normas de carácter supranacional y acreditando la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno (*ius cogens*,⁵⁹ derecho internacional imperativo); directriz del Alto Tribunal que deberá ser merituada suficientemente en el inminente proceso de reforma constitucional.

57 Considerando 18 del fallo.

58 Es interesante destacar que la experiencia de la Comunidad Económica Europea, acerca del problema de la supremacía del derecho comunitario, muestra que en el caso ‘Van Gend En Loos’ el Tribunal de Justicia no enunció tal principio y sólo lo hizo unos años más tarde, en el caso ‘Costa versus Enel’ (1964) en el que sostuvo —como afirma Ehlermann— “que los derechos creados en los Tratados no quedaban sujetos, por virtud de su naturaleza original específica, a ninguna ley interna sin perder su carácter comunitario y minar las bases legales de la Comunidad. El derecho nacional contrario al derecho comunitario se torna ineficaz, sin requerir una decisión sobre su validez”; *cf.* Ehlermann, CD, *A series of Lectures given to the UK Civil Service College*, Edimburgo, septiembre de 1973, *cit.* por González, Florencia, “Solución de conflictos en un sistema de integración: los casos del Mercosur y la CEE”, *Integración latinoamericana*, Buenos Aires, INTAL, núm. 185, diciembre de 1992, año 17, p. 44, nota 26.

59 Sobre el denominado *ius cogens*, el maestro Bidart Campos enseña: “El derecho internacional público tiene elaborada la figura del *ius cogens*, que consiste en el conjunto de normas internacionales llamadas ‘imperativas’, recogidas en su ámbito con el rasgo de la inderogabilidad o indisponibilidad (sea que su existencia provenga de tratados o del derecho consuetudinario —de gentes—). El *ius cogens* no puede ser dejado de lado por normas opuestas o distintas de un tratado y, por ende, si echamos mano del diseño piramidal, podemos decir que la pirámide del derecho internacional se encabeza en su vértice con el *ius cogens*. El *ius cogens* está previsto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”; Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar SAECI y F, 1986, t. II, p. 292.

VI. A MODO DE ULTIÓLOGO

Con el presente trabajo no pretendimos —siquiera mínimamente— agotar la cuestión, sino —y simplemente— alertar sobre la enorme importancia de los procesos de integración y formular algunas apreciaciones que contribuyan a enriquecer el debate en cuestión.

Las siguientes son sólo algunas breves conclusiones en torno del problema abordado:

1. Pretendimos insistir sobre la gran trascendencia de la integración regional, como instrumento para no quedarse de espaldas —o en una postura estática— frente a la dinámica actual de los procesos económicos.

2. La integración debe ser entendida como interacción e interdependencia de los Estados en un plano igualitario; debiendo abandonarse toda injustificada actitud *chauvinista*, que sólo puede pervivir maniatada y cautiva al influjo de una concepción rígida del principio de soberanía como potestad absoluta.⁶⁰

3. La impostergable necesidad de integración internacional para el desarrollo, torna anacrónica toda política aislacionista; debiendo utilizarse como combustible para el funcionamiento del motor integracionista la *cooperación* y no la *confrontación*.

4. El gran desafío del *fin du siècle* (y por extensión, el reto del nuevo milenio) es la integración regional, sobre todo para América Latina. Al respecto, Quiroga Lavie⁶¹ ha expresado:

Hoy la integración latinoamericana es un llamado a gritos, un imperativo de los tiempos, impuesto por la necesidad de romper el aislamiento y la debilidad a la que se encuentran sometidos los pueblos de esta parte del continente.

5. En punto al derecho mexicano, estimamos de importancia un rediseño de las relaciones del TLC con el ordenamiento jurídico interno; revitalizándose la tarea de los magistrados (para la elaboración de tesis jurisprudenciales acordes con las exigencias jurídicas de la inserción del TLC), de los legisladores (en orden a una potencial reforma de la ley sobre celebración de tratados internacionales) y de

⁶⁰ Vid. nuestro trabajo, *op. cit.*, pp. 4-6.

⁶¹ Quiroga Lavie, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 71.

la doctrina (tomando como interesante aporte la hipótesis elaborada por Adame Goddard para la superación de tan intrincada cuestión).

Todo ello como reaseguro de la sana pervivencia del Tratado Trilateral de Libre Comercio y en aras de su suave acomodamiento gradual al ordenamiento jurídico interno.

6. Con respecto al derecho argentino, creemos prudente no permitir que se evapore la ocasión que ofrece la inminente reforma constitucional, para cubrir el vacío existente con una norma expresa y clara que viabilice la integración regional y continental, asegurando el bien común regional como causa final de los procesos integrativos.⁶² Tal enmienda supondría también, homogeneizar el derecho constitucional subregional comparado de los países que suscribieron el Tratado de Asunción, puesto que actualmente sólo Argentina adolece de una disposición constitucional en materia de integración.

Asimismo, deberá permitirse la delegación de competencias en organismos supranacionales, en condiciones de reciprocidad e igualdad; con preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno, para lo cual debería también remozarse la disposición constitucional que regula las atribuciones del Congreso en materia de aprobación de tratados internacionales.

Tal esquema conduciría a un reacomodamiento del país a la nueva fisonomía que muestra la forma de inserción de los Estados en la comunidad internacional, pero ya con fundamento y apoyatura constitucionales.

7. Como mensaje en pro de la integración, nos permitimos recordar las sabias palabras de Rouzaut,⁶³ para quien, "*integración no significa fusión en donde las partes desaparecen*".

8. Tampoco debemos obnubilarnos por puros criterios economicistas —que empañen nuestros ojos y dificulten nuestra vista—, olvidando que el *ser humano* está en la base de todo proceso de inte-

62 Sobre el particular, Sagües ha señalado agudamente: "*Desde el momento mismo en que una nación se suma a un proceso integrativo intenso, ese viaje no es gratuito, sino bastante caro y no siempre placentero. Su costo puede comprender la admisión concluyente de la supremacía del derecho supranacional sobre el local y de la magistratura supranacional sobre la Argentina. Un precio elevado [...] pero quizás inevitable si se admite que hay un bien público internacional superior al bien público local, y que el primero está tanto o más interesado que el segundo en la tutela de los derechos personales*"; Sagües, Néstor P., "El caso Birt, o los costos jurídicos de la integración", *La Ley*, 12 de diciembre de 1989, pp. 1 y ss., cit., por Ekmekdjian, Miguel A., *Hacia la república*, cit., pp. 51, 53 y 54.

63 Rouzaut, Adolfo R., *La integración económica latinoamericana y la Constitución Nacional*, cit. por Ramella, Pablo, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1982, p. 169, nota 12.

gración, pues los Estados en su accionar deben tener como destinatarios a los hombres, procurando su bienestar. La integración debe ser entendida como medio para elevar la *calidad de vida*, proteger la *dignidad humana* y respetar los *derechos fundamentales*.

Al respecto, citamos las profundas palabras de Chávez Asencio,⁶⁴ quien sostiene:

La persona es el sujeto, fundamento y fin de todos los procesos sociales, y lo es del TLC, pues las relaciones comerciales adquieren significado y valor si se orientan al pleno desarrollo de la persona y del pueblo del cual es parte.[...] La ruptura entre el bien material del hombre y el bien humano o espiritual del mismo, ha sido una de las grandes desviaciones de nuestro siglo y urge recuperar su profunda interrelación. El papel que el Estado debe realizar en el sector de la economía, es que éste sirva, y se oriente, al bien común de la sociedad.

Víctor Bazán M.

64 Chávez Asencio, Manuel F., *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II. Memorias*, México, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, 1993, pp. 9 y 10.