CARI / CONSEJO ARGENTINO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES

1

SERIE DE ARTÍCULOS Y TESTIMONIOS Nº 1

MARZO 2002

La endeblez de la estructura jurídica del Mercosur

Por Jorge Horacio Lavopa

La endeblez de la estructura jurídica del Mercosur

CONSEJO ARGENTINO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Uruguay 1037, piso 1º
C1016ACA
Buenos Aires
República Argentina

Tel. +5411 4811 0071
Fax +5411 4815 4742

cari@cari.org.ar
cari.org.ar

Las opiniones expresadas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente el pensamiento del CARI.

SUMARIO

I. Introducción

II. La cuestión constitucional

III. Naturaleza de los órganos del Mercosur.

IV. La creación del derecho del Mercosur.

V. El Boletín Oficial del Mercosur

VI. Conclusiones

VII. El grupo de trabajo del CARI

I. Introducción

El presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) ministro Celso de Mello, devolvió sin cumplir una petición de la Justicia Federal Argentina que

solicitaba el embargo de mercaderías e interdicción del buque Santos Dumont, anclado en el puerto de Belem. La solicitud tenía como objetivo dar garantías al pago de deudas tomadas en Buenos Aires.

El pedido al STF se realizó basado en el Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur. El protocolo fue firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, durante la VII Reunión del Mercosur, realizada en Ouro Preto, Minas Gerais, en diciembre de 1994. El Congreso brasileño lo aprobó en 1995 y lo ratificó en 1997.

El presidente del STF afirmó que el organismo no puede autorizar la ejecución de la medida, porque el protocolo de Medidas Cautelares firmado en Ouro Preto aún no está vigente en Brasil, ya que falta ser promulgado por un decreto del presidente de la República. (Gazeta Mercantil Latinoamericana, 17 al 23/05/98, pág.8, comentado por Guillermo Piernes, Brasilia).

La publicación de este fallo y su amplia difusión, que mereció entre otras la airada respuesta del Embajador Argentino en Brasil en el mismo semanario, pone de manifiesto la inseguridad jurídica a la que se ven sometidos los Estados Partes del Mercosur y sus habitantes.

El fallo citado no es más que la parte visible del témpano de una serie de conflictos que ya están en gestación y en vías de desarrollo en los diversos juzgados de primera y segunda instancia u otros niveles de apelación en los cuatro países del Mercosur. Es decir, como lo dijimos en reiteradas oportunidades, los conflictos han llegado a los particulares y estos han optado, como era de esperar, por acudir a sus Poderes Judiciales Nacionales, ello sin perjuicio del resultado que obtengan de los reclamos o las quejas que presenten a la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), prescindiendo, obviamente, de la utilización del Protocolo de Solución de Controversias de Brasilia de 1991.

Esto nos demuestra que existe una gran confusión no sólo entre los dirigentes que están construyendo el Mercosur sino también en la desinformada población, acerca de cuáles son las normas vigentes: si las dictadas por los órganos del Mercosur, o las de sus propios ordenamientos jurídicos internos, o ambas. Confusión que se genera, entre otras cosas, por una especie de abismo existente entre quienes crean el derecho del Mercosur, esto es, los funcionarios que integran sus órganos – Consejo Mercado

Común (CMC), Grupo Mercado Común (GMC) y Comisión de Comercio (CCM)– y los potenciales destinatarios de las normas, es decir, el pueblo de los cuatros países en sus diversas actividades.

El presente comentario al citado fallo intentará clarificar, aunque más no sea en parte, tamaño desconcierto que tanto daño les hace a quienes desde hace muchos años vienen bregando por este proceso de integración, al cual, lamentablemente, sea por la celeridad con que se lo quiere alcanzar, sea por falta de adecuados conocimientos jurídicos o simplemente por mala fe, lo están poniendo en peligro desde su gestación con enfermedades jurídicas congénitas que están repercutiendo negativamente en su desarrollo actual.

A tal efecto es conveniente recordar en primer término algunos aspectos esenciales que hacen a la cuestión constitucional de los Estados Partes, a los órganos, y a la creación del derecho del Mercosur.

II. La cuestión constitucional

Párrafo especial merece la llamada cuestión constitucional en el Mercosur. Para ello es necesario formular ciertas aclaraciones respecto del lugar jerárquico que habrán de ocupar las normas internacionales en los derechos internos de cada uno de los Estados. Podemos así hablar de:

1. Supranacionalidad (para ser más claro lo denomino supraconstitucionalidad). Significa que la norma internacional es superior a la Constitución Nacional de ese estado.
2. Supralegalidad. Como la palabra lo indica, las normas internacionales son superiores a las leyes, no a la Constitución de ese estado.
3. Legalidad. En ese estado se aplica el principio de que la ley posterior deroga a la anterior, lo que significa que si una norma internacional ha sido incorporada mediante una norma interna (dualismo) esta puede ser derogada por una norma posterior y el estado responderá por los perjuicios que esto pueda causar.

Recordada esta distinción de la doctrina estamos en condiciones de afirmar, en primer término, que las normas del Mercosur, sean originarias o derivadas, no son superiores a las Constituciones Nacionales de los Estados Partes.

Sí puede existir supralegalidad, es decir, que los tratados, protocolos, y eventualmente las normas emanadas de los órganos del Mercosur pueden ser superiores a las leyes internas de cada Estado, tal como ocurre

después de la reforma de la Constitución Argentina de 1994 (art. 75 incs. 22 y 24) y una incipiente jurisprudencia en este sentido que avanza en los otros países.

También legalidad, esto es, que la ley posterior deroga a la anterior de aplicación en los tres países y en Argentina antes de la reforma constitucional de 1994.

De esta manera, el tratado y los protocolos que dan origen a la creación del Mercosur generan la obligación para los Estados Partes de incorporar las normas derivadas de los mismos a cada uno de sus ordenamientos internos, manteniendo siempre la supremacía de sus respectivas Constituciones Nacionales. *(Es ilustrativo al respecto el artículo del doctor Luiz Olavo Baptista "Inserção dos tratados no direito brasileiro" donde explica cómo se produce dicha incorporación al derecho interno de Brasil y la relación que se crea entre las normas internacionales. Revista de informação legislativa. Brasilia. Senado Federal. Secretaria de Documentaçao e Informaçao. V. 33, n. 132, out./dez. 1996, p. 71-80).*

Conforme al art. 42 P.O.P que dice:

"Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".

III. Naturaleza de los órganos del Mercosur

Los órganos del Mercosur no son comunitarios, son intergubernamentales.

Es imprescindible hacer esta distinción porque de ello dependerá la vigencia del derecho que según el Tratado de Asunción (TA) y el Protocolo de Ouro Preto (POP) pueden crear y la obligatoriedad de su aplicación en los Estados Partes.

Para ello es necesario recordar, en primer término, que los órganos comunitarios son órganos independientes de los países que integran esa comunidad, es decir, una vez integrado dicho órgano toma decisiones propias, con independencia de los intereses de los gobiernos que los designaron y teniendo como objetivo la creación del derecho "comunitario" que habrá de regir sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados que integran esa organización. Según el Tribunal de Justicia Europeo: "el orden jurídico comunitario prevalece sobre los ordenes jurídicos nacionales". Ello

significa que la primacía comprende a todas las normas comunitarias, sean estas originarias o derivadas y se ejerce en relación a todas las normas nacionales (administrativas, legislativas, jurisdiccionales y constitucionales). En consecuencia, ni el derecho constitucional de un estado miembro podría constituir un obstáculo a la primacía. (CJCE, 14/12/71, Politi, as. 43/71, Rec., 1039; CJCE, 13/7/72, Comisión c/Italia, as. 48/71, Rec., 533; CJCE, 9/3/78, as. 106/77, Rec., 609.). Para avanzar en la creación de ese derecho sus decisiones normalmente son tomadas por mayoría absoluta y sólo en algunas ocasiones por unanimidad.

Con respecto a los segundos, esto es, los órganos intergubernamentales, están integrados por funcionarios que representan a sus respectivos gobiernos y que actúan según las instrucciones que de ellos reciben. Sus decisiones deberán ser tomadas por consenso –unanimidad o, mejor aún, que estén todos de acuerdo– y con la presencia de todos los Estados Partes. Estos son los órganos creados por el TA (art. 16) y el POP (art. 37).

Una vez dictada la norma Mercosur, esta deberá ser incorporada como derecho interno de cada uno de los Estados Partes y estará siempre jerárquicamente subordinada a sus respectivas Constituciones Nacionales.

También podemos destacar una de las particularidades que caracterizan este proceso de integración, que consiste en que en muchas oportunidades los mismos funcionarios que integran los órganos del Mercosur que crean normas jurídicas, son los mismos que van a actuar en la internalización de esas normas en sus respectivos Estados. Circunstancia esta que aún no se realiza a nivel legal como toda vez que la CPC se limita a elevar recomendaciones al CMC a través del GMC.

"Art. 16 TA.: Durante el periodo de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes."

"Art. 37 POP.: Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes."

IV. La creación del derecho del Mercosur

Antes de pasar al análisis del mecanismo de creación del derecho del Mercosur es necesario recordar lo que significa monismo y dualismo según la doctrina y

jurisprudencia generalizadas, las cuales podemos resumir de la siguiente manera:

Al hablar de monismo y dualismo nos referimos a la relación que existe entre las normas de derecho internacional –que regulan las relaciones entre los estados– y las normas de derecho interno de cada uno de esos estados.

La teoría monista, bajo el presupuesto de la unidad del derecho, propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente. La unidad implica que las normas se hallan subordinadas unas a otras, formando un sólo ordenamiento jurídico; ello excluye la posibilidad de plantearse el problema de la aplicación directa ya que el derecho internacional integraría, sin más, el orden jurídico estadual. (Conf. Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez Posse; "Derecho Internacional Público", Editorial Zavalía, 1987, Tomo I, pág. 53.)

Los que adhieren a la teoría dualista afirman la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos independientes con su propio ámbito de validez y su propio campo de acción y las normas internacionales deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional a través de normas de derecho interno.

Formulada esta breve descripción conceptual, es necesario destacar que, ya sea por razones de soberanía, de políticas nacionales, de seguridad, o simplemente de tradición jurisprudencial, los países de América Latina se caracterizaron por la utilización del sistema dualista. Aún hoy todos los países que integran el Mercosur lo hacen, circunstancia esta que no nos debe sorprender. Creemos que no va a ser fácil pasar, así como así, de una estructura mental dualista a una monista, por más anacronismo jurídico que la dualista parezca. Sostener lo contrario es desconocer esta realidad y ello es sumamente peligroso ya que nos puede llevar a cometer errores, como lo demuestra el fallo antes mencionado; esto es, desconocer los antecedentes en la materia, en este caso de Brasil, que como quedó demostrado aplica el dualismo en forma ortodoxa.

Lo que estamos manifestando está expresamente contemplado en las normas del Mercosur, ya sea en el reglamento del GMC homologado por Dec. 4/91 del CMC, como en los arts. 38 a 40 del POP que establecen un procedimiento de creación de derecho del Mercosur y su posterior internalización en los Estados Partes que sin duda podemos calificar de dualista, aún para aquellas normas derivadas, esto es, las creadas por los

órganos del Mercosur: Decisiones del CMC, Resoluciones del GMC y Directivas de la CCM.

Dicen los mencionados artículos del POP:

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

Parágrafo Único – Los Estados Partes informarán a la Secretaría Administrativa del Mercosur las medidas adoptadas para este fin."

"Art. 40: Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo deberá seguirse el siguiente procedimiento:

I) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur;

II) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte.

III) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales."

Respecto de lo establecido en el último párrafo del punto III del art. 40, ¿no es acaso éste, el último eslabón que perfecciona una norma jurídica, esto es, su publicación en el Boletín Oficial respectivo, para que se repute "conocida por todos"? Evidentemente para el POP quedaría internalizada una norma una vez cumplido este requisito.

También el dualismo se ve reflejado en la realidad cuando la Secretaría del Mercosur publica, en el informe denominado "Incorporación de las Normas de Mercosur en el Orden Jurídico de los Estados Partes", las normas nacionales con las que se internalizan en cada uno de ellos.

En definitiva creemos que en la actualidad, conforme las normas citadas, el sistema que rige en el Mercosur sigue siendo el dualista, por más anacrónico que algunos lo consideren. Esa es la realidad y estamos convencidos de que este fallo difundido por

la prensa muestra uno de los problemas jurídicos planteados en el Mercosur por no tener en cuenta este procedimiento de internalización de sus normas en los Estados Partes.

La pregunta clave es en qué momento una norma emanada de un órgano del Mercosur –Decisión, Resolución o Directiva– entra en vigencia, es aplicable, y puede ser ejecutada por orden de los jueces de los Estados Partes.

El propio artículo 40 transcripto es el que provoca todos estos interrogantes. Si el procedimiento que él establece no se ha cumplido en su totalidad, ¿podemos decir que esa norma del Mercosur está vigente simultáneamente en los cuatro Estados Partes? ¿Cuál es el valor de esa norma si un Estado la ha internalizado y otro no? ¿Cuáles pueden ser sus consecuencias? ¿Adónde nos puede llevar la invocación de una norma cuya validez es dudosa en un proceso judicial? Creemos que estos interrogantes y muchos otros más que son hoy el déficit de la estructura jurídica del Mercosur pueden acarrear pérdidas económicas incalculables, no sólo para los particulares, sino para los Estados Partes, quienes serán los responsables de los perjuicios que esta anomalía pueda causarles, ya sea frente a los propios particulares como frente a los otros Estados, sean estos miembros del Mercosur o no.

Piénsese por ejemplo en la cantidad de reglamentos técnicos dictados por Resoluciones del GMC, sobre miel, cebolla, pescado, manteca, autopartes, etc.

¿Cuáles van a ser los efectos jurídicos que ellos pueden llegar a producir si un Estado los internalizó y otro u otros no?

V. El Boletín Oficial del Mercosur

Llama la atención, sin embargo, el art. 39 cuando se refiere al requisito de publicación en el Boletín Oficial del Mercosur:

”Art. 39: Serán publicados en el Boletín Oficial del Mercosur, íntegramente, en los idiomas español y portugués, el tenor de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur y de los Laudos Arbitrales de solución de controversias, así como cualquier acto al cual el Consejo del Mercado Común o el Grupo Mercado Común entiendan necesario atribuirle publicidad oficial.”

¿Cuál es la finalidad de este Boletín? Es meramente informativa o se está

adelantando a un sistema monista que posiblemente se de cuando se perfeccione definitivamente la zona de libre comercio y la unión aduanera, o cuando se llegue al mercado común?

Creemos que por el momento la función del B.O.M. es meramente informativa.

VI. Conclusiones

A modo de conclusión podemos decir que este fallo del Superior Tribunal de Justicia de Brasil ha puesto en evidencia la endeblez de la estructura jurídica del Mercosur, demostrando en primer término la imperiosa necesidad de que legisladores, funcionarios, abogados, jueces y demás personas interesadas del Mercosur conozcan los procedimientos de internalización de las normas de todos los Estados Partes.

La Secretaría Administrativa del Mercosur también debería hacer conocer estas anomalías cuando las hubiere, informando no solamente los pasos que han dado los Estados Partes para internalizar las normas sino también las diligencias que faltan hasta que entren efectivamente en vigencia y puedan ser aplicadas, pues de lo contrario se está atentando contra la propia estructura jurídica del Mercosur y además ocasionando graves perjuicios a los particulares con negativas consecuencias políticas y económicas tanto intra-Mercosur como fuera de él.

Los inimaginables logros alcanzados en los aspectos comerciales intra-Mercosur, el impacto geopolítico causado en todas las latitudes, su fuerza negociadora a nivel internacional, no pueden ser pulverizados de un golpe por no contar con una estructura jurídica sólida, en la que tanto los estados como sus habitantes sean o no del Mercosur, se sientan protegidos claramente, dejando de estar sujetos a vaguedades y confusiones legales, que no hacen más que poner en peligro la totalidad del proceso de integración que se intenta alcanzar.

Muchas son las propuestas al respecto que se vienen formulando en publicaciones, seminarios, reuniones de trabajo de especialistas en las diversas ramas del derecho, legisladores y funcionarios de los cuatro países; sin alcanzar soluciones a los problemas planteados.

Es por ello que requerimos la urgente revisión del TA. y del POP. para fijar reglas claras respecto de la internalización, vigencia y ejecución de las normas emanadas de los órganos del Mercosur en los Estados Partes.

Es necesario que se adopte una decisión

política que transforme ese "embrión de derecho comunitario" con que lo bautizamos allá por el año 1992 (El Derecho, 8 de septiembre de 1992, pág. 7), en un ser ya formado, mediante la creación de algún órgano comunitario que resuelva determinados temas específicos e impulse el proceso de integración iniciado, aplicando reglas claras que le den seguridad y no incertidumbre a los habitantes del Mercosur.

De lo contrario, si estamos dispuestos a seguir construyendo este sistema "a la criolla" de creación del derecho del Mercosur, pongamos toda nuestra materia gris e imaginación para obtener los mismos resultados de seguridad jurídica. A tal efecto nos puede ayudar, como lo tengo dicho en varias publicaciones, nuestra idiosincrasia y sistema de gobierno (neopresidencialista latinoamericano, según Karl Lowestein) para que en las cumbres presidenciales se logre que los avances políticos sean acompañados con la debida prolijidad jurídica.

Entre tanto proponemos la creación inmediata de un órgano ad-hoc integrado por abogados de los Estados Partes del Mercosur que ejerza el control jurídico previo al dictado de las normas por los órganos del Mercosur. De esta manera nos veríamos protegidos en cierto modo de los errores y horrores jurídicos que se cometen actualmente. Esto, sin renunciar a nuestra propuesta de creación de un órgano jurisdiccional permanente, sea éste de carácter comunitario o intergubernamental, de interpretación obligatoria en una primera etapa que puede ser de cinco años, para pasar posteriormente a constituirse en un tribunal de alzada del Mercosur.

VII. El grupo de trabajo del CARI

El fallo del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil que pone sobre la mesa el tema de la inseguridad jurídica en las relaciones de los países que forman el Mercosur, no hace más que ratificar las inquietudes de un grupo de trabajo constituido en el Comité de Estudios de Asuntos Latinoamericanos del CARI. Dicho grupo, integrado por constitucionalistas, internacionalistas, legisladores, asesores de la Comisión Parlamentaria Conjunta, funcionarios y otros interesados en estudiar los aspectos jurídicos del proceso de integración, viene realizando reuniones quincenales desde octubre de 1996 para estudiar los temas antes mencionados y otros que hacen a la estructura jurídica del Mercosur.

Con el nombre de "Incorporación de las normas del Mercosur en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes y su entrada en vigencia", estas reuniones de trabajo tienen por finalidad analizar el proceso de internalización de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, su incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes y su efectiva entrada en vigencia, teniendo especialmente en cuenta sus efectos desde el punto de vista del derecho interno, internacional y de la integración. Con la finalidad de efectuar un aporte positivo a los gobiernos de los cuatro países se ha decidido realizar un seminario para analizar estos temas a fines de julio de 1998.

Para citar este artículo:
Lavopa, Jorge Horacio (2002), "La endeblez de la estructura jurídica del MERCOSUR, aspectos jurídico-institucionales del MERCOSUR" [disponible en línea desde 2002], Serie Artículos y Testimonios, Nº 1. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Dirección URL: http://www.cari.org.ar/pdf/endeblez.pdf