

2. Un diagnóstico del proceso legislativo del MERCOSUR

El esfuerzo de síntesis que permite identificar los grandes problemas jurídicos del MERCOSUR (2.1) indica igualmente la existencia, hoy incuestionable, de un proceso legislativo en el ámbito del bloque (2.2). Este procedimiento no escapa a las peculiaridades impuestas por la dimensión internacional de sus normas (2.3); tampoco escapa a la necesidad de incorporar mecanismos que aseguren su legitimidad democrática (2.4) y de superar las dificultades generadas por el vultuoso número de normas ya elaboradas gracias al consenso de los Estados Partes (2.5).

2.1. La identificación de los problemas jurídicos

La reciente evolución que se operó en el proceso de elaboración de normas en el ámbito del MERCOSUR se debe especialmente al persistente trabajo desen vuelto por el Subgrupo de Trabajo N° 2, «Aspectos institucionales» (SGT N° 2), así como a la determinación de los órganos decisarios del MERCOSUR en el propósito de superar los graves problemas jurídicos que hoy afligen a los actores del proceso de integración.

Entre tales problemas se destacan especialmente:

1. la incompatibilidad *interna* entre ciertas normas mercosureñas del mismo nivel o de niveles diferentes, pero también *externa*, tanto en el sentido de confrontación entre la normativa MERCOSUR y los derechos nacionales, como de conflicto entre la normativa MERCOSUR y las normas de otras fuentes internacionales;
2. las dificultades de control de incorporación de algunas normas a los ordenamientos jurídicos nacionales y de la *vigencia a la geometría variable* que de ahí derivan, acarreando el agravamiento de la inseguridad jurídica que afecta a la región; y

3. la ausencia de interpretación y aplicación uniforme de la normativa MERCOSUR en el territorio de los Estados Partes.

Es forzoso reconocer que el problema (punto 3) no mereció más que de una tímida respuesta por medio de la Decisión CMC N° 37/03, que aprueba el Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR.

Así, en virtud del artículo 2º del Reglamento, la legitimidad activa para solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión se limita a los Estados Partes del MERCOSUR, actuando conjuntamente los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional, en las condiciones establecidas para cada caso.¹

El presente texto no tratará, sin embargo, del tema de la aplicación judicial de las normas del MERCOSUR, que merecerá ciertamente un estudio posterior.

En cuanto al problema (punto I), cabe una breve referencia al hecho de que su solución probablemente se encuentre en marcha.

En efecto, en el centro del proceso de transformación de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR en Secretaría Técnica, el Consejo atribuyó al Sector de Asesoría Técnica, a través de la Decisión CMC N° 30/02, la función del «control de la consistencia jurídica de los actos y normas emanadas de los órganos del MERCOSUR», que consiste en:

Analizar, previamente a las reuniones de los órganos decisarios del MERCOSUR, los proyectos de normas elaborados por los diferentes órganos técnicos del MERCOSUR con el objetivo exclusivo de examinar su adecuación al conjunto normativo del MERCOSUR e identificar eventuales incompatibilidades con normas ya aprobadas o posibles implicaciones para negociaciones en curso. (Anexo 1, d.)²

¹ No sería excesivo observar, haciendo eco a la buena doctrina jurídica de los Estados Partes, que el consenso entre los Estados Partes sobre el «objeto de contenido» (artículo 3.2 RPO) de la consulta desvirtúa la naturaleza de la cuestión propuesta, que pasa de mera duda al compromiso intergubernamental, así como la limitación de la legitimidad activa a los tribunales superiores podría, en una interpretación restrictiva, excluir del beneficio de la medida a aquellos que de ella más necesitan: los magistrados de primera instancia, en su mayoría desprovistos de la pericia técnica necesaria para temas de integración y comercio internacional. Por ello, dicha norma podría ser reglamentada (conforme previsión expresa del artículo 4.2 del RPO) de modo a permitir que cualquier juez encamine indirectamente consulta al *Tribunal de Asunción*, a través de correspondencia a la Presidencia del respectivo tribunal superior, que a su vez transmitiría directamente la cuestión al *Tribunal de Asunción*.

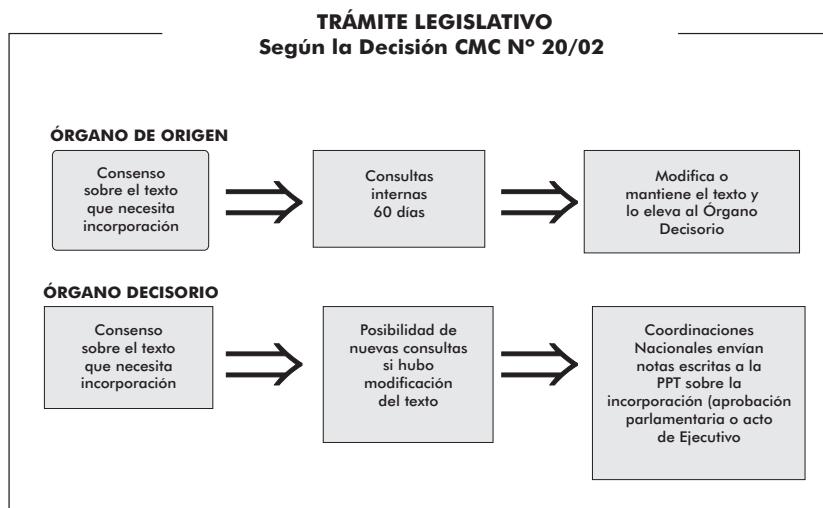
² Sobre este punto, la Decisión N° 30/02 añadió al texto citado, *in fine*, la frase «la ausencia de análisis previa del Sector de Asesoría Técnica no obstaculizará la consideración de un determinado acto o norma por los órganos decisarios del MERCOSUR». Habría sido ligeramente preferible que esta regla hubiese adoptado expresamente el mecanismo consagrado por los derechos públicos internos de los Estados Partes para la gran mayoría de sus órganos técnicos jurídicos, esto es, el *parecer técnico previo obligatorio, mas desprovisto de efecto vinculante*. En otras palabras, la autoridad dotada de poder decisorio es libre para contrariar un parecer técnico, mas no puede ignorarlo, lo que aumenta a medio y largo plazo la calidad técnica de las decisiones políticas (ver, entre muchos otros, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*).

Con relación al problema (punto II) que constituye el principal objeto de este texto, el SGT Nº 2 promovió intensos esfuerzos que se encuentran en el origen de un conjunto de normas recientemente adoptadas en el ámbito del MERCOSUR, entre las cuales se destaca nítidamente la Decisión CMC Nº 20/02 sobre el «Perfeccionamiento del sistema de incorporación de la normativa MERCOSUR al ordenamiento jurídico de los Estados Partes».³

De ese modo, en virtud de la Decisión Nº 20/02, se instaló un sistema complejo de consulta previa a los Estados Partes sobre la incorporación de normas, apto a

- producir un texto normativo compatible con los ordenamientos jurídicos nacionales, y por lo tanto en condiciones de ser incorporado por los Estados Partes;
- facilitar el control de la incorporación de las normas del MERCOSUR en los ordenamientos nacionales, una vez que pasa a existir una previsión del plazo y de las condiciones de incorporación de las normas suministrada por los Estados Partes aún durante el proceso de elaboración normativa.

Gráfico 1



tivo, 16^a edición, ed. Malheiros, San Pablo, 2003, pp. 107-108; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, ed. FCU, Montevideo, 2002, p. 52; y especialmente GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. Colombia, Medellín, 1998, para quien «dentro de los dictámenes ocupan un lugar fundamental los *dictámenes jurídicos*, los cuales son obligatorios, pero no vinculantes», p. X-7; y DROMI, Roberto, *El acto administrativo*, ed. IEAL, Madrid, 1985, para quien un parecer es obligatorio «cuando la norma expresamente indica que debe solicitárselo como requisito preparatorio de la voluntad administrativa, sin que tal obligatoriedad se extienda a aceptar las conclusiones del dictamen», p. 228).

³ Ver los Anexos 2 y 3 de este texto, que comportan el texto de la norma y el informativo elaborado por la SM, a pedido del FCCS, sobre su aplicación.

En el segundo semestre de 2003, la Decisión CMC N° 20/02 alcanzó significativo grado de cumplimiento, en particular gracias al Foro de Consulta y Concertación Política, bajo el impulso de la Presidencia *Pro Tempore* de Uruguay, que devolvió a los órganos de origen numerosos proyectos de normas cuya elevación a los órganos decisorios hubiese ocurrido sin el debido respeto al referido dispositivo legal.⁴

Por otra parte, igualmente en respuesta al problema N° II, y como consecuencia de los fructíferos esfuerzos del SGT N° 2 junto a los órganos decisorios, hacen parte del «Programa de Trabajo del MERCOSUR 2004-2006» (Decisión CMC N° 26/03) las siguientes metas:

- «Suscribir, en julio del año de 2004, un instrumento que establezca el procedimiento para la *vigencia inmediata de la normativa MERCOSUR que no requiera aprobación parlamentaria*, considerando las especificidades de algunas materias tales como las arancelarias» (ítem 3.2. La cursiva no es del original.).
- «Considerar, en el año de 2004, propuesta que elabore la CPC relativa al *establecimiento del Parlamento MERCOSUR*, de acuerdo con la solicitud realizada por los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR, *considerando como una primera etapa, el Acuerdo Interinstitucional suscrito por el CMC y la CPC*» (ítem 3.1. La cursiva no es del original.).⁵

El Protocolo sobre vigencia inmediata de la normativa del MERCOSUR que no requiera aprobación parlamentaria se encuentra en proceso de negociación. Se suma a un conjunto de normas ya existentes que podría ser definido indudablemente como un proceso legislativo propio.

⁴ «Cabe destacar que el FCCP adoptó la firme política de aplicar la Decisión CMC N° 20/02 para elevar los proyectos de normas al CMC. En ese sentido, en algunos casos se han identificado dificultades para la correcta implementación de dicha disposición, hecho que resultó en la imposibilidad de elevar a la aprobación del CMC los proyectos de normas que requieren incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales. Con vistas a optimizar la aplicación de la Decisión CMC N° 20/02, el FCCP adoptó las siguientes acciones: a través de la PPTU, informar exhaustivamente a las Reuniones de Ministros y Reuniones Especializadas sobre la necesidad de dar cumplimiento a la Decisión CMC N° 20/02; solicitar al SGT N° 2 un instructivo de aplicación de la Decisión CMC N° 20/02 y distribuirlo a las referidas reuniones; solicitar al Sector de Asesoría Técnica de la Secretaría del MERCOSUR (SAT) la confección de un formulario de cumplimiento de la Decisión CMC N° 20/02 que acompañará en el futuro, en todos los casos, las Actas de las reuniones mencionadas, para que los proyectos de normas que se elevan a consideración del FCCP cumplan de forma automática dicha disposición. Cabe señalar que resultó de mucha importancia contar con el apoyo del SAT en la revisión de los proyectos de normas. La contribución del SAT resultará de particular utilidad para la compatibilización de las normas de los órganos del MERCOSUR con los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, con el consecuente efecto favorable en la incorporación de éstas. Se subraya la necesidad de que el Consejo instruya a los órganos dependientes a realizar los mayores esfuerzos para que los trabajos efectuados durante el presente año cumplan con la normativa correspondiente para posibilitar su aprobación y posterior incorporación de manera ágil y efectiva» (XXV CMC, Acta N° 02/03, Anexo VII - DI N° 06/03 - Informe del FCCP al CMC, ítem 3).

⁵ Sobre el acuerdo CMC-CPC, ver el Capítulo 4.

2.2. La importancia de la afirmación paulatina del concepto de proceso legislativo

Si ya era claro que el proceso de elaboración de normas previsto por el Protocolo de Ouro Preto constituía «la forma de la función legislativa» —o sea, el modo o *iter* por el cual se opera a exteriorización de una competencia normativa,⁶ en el sentido amplio de la expresión *proceso legislativo*—, con la reciente evolución antes descripta parece evidente que el proceso de elaboración de reglas en el ámbito del MERCOSUR ya configura:

- una secuencia de actos
- heterogéneos y autónomos,
- practicados por actores diversos
- y dirigidos a la producción de una norma, y que corresponde entonces, igualmente, a la acepción más estricta del concepto de proceso legislativo.⁷

En otras palabras, se trata de normas que presiden a la elaboración de otras normas, en la acepción *kelseniana* clásica del derecho.⁸

El siguiente gráfico refleja el proceso decisorio en el ámbito del MERCOSUR.

Gráfico 2



Además de las normas contenidas en el Protocolo de Ouro Preto, referidas detalladamente en el capítulo siguiente, el MERCOSUR ya cuenta con significativo acervo de normas dirigidas a la producción normativa o a la incorporación de normas, conforme la tabla que sigue.

Tabla 1.
El proceso legislativo en el derecho derivado del MERCOSUR⁹

Decisiones CMC	Resoluciones GMC
03/99	08/93
23/00 - 55/00	91/93
01/02	22/98
20/02	23/98
07/03	60/00
08/03	56/02

La pertinencia del uso de ese concepto parece aún mejor cuando se constata que la complejidad de los procedimientos tiende a acentuarse cada vez más, tanto por la futura creación del Parlamento del MERCOSUR, como por el firme propósito de los Estados Partes de aumentar la participación del sector privado y de la sociedad civil en el proceso de integración.¹⁰

In foro interno, hay que considerar asimismo el papel a ser desempeñado por la recientemente creada Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR en el nuevo diseño institucional.¹¹

En efecto, entre las ventajas de empleo del concepto de proceso legislativo, se encontraría la de aclarar, frente a todos los órganos del MERCOSUR, el hecho

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3^a edición, ed. Almedina, Coimbra, 1999, p. 807.

⁷ Ver igualmente FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do Processo Legislativo*, 4^a edición, ed. Saraiva, São Paulo, 2001; y BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, t. III, ed. EDIAR, Buenos Aires, 1999, p. 140. Para Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (*El Poder Legislativo*, ed. Artes y Oficios, Montevideo, 1906, p. 101), se trata de «procedimiento parlamentario».

⁸ «Una norma jurídica es válida porque fue creada conforme a una regla precisa» (KELSEN, Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, ed. Bruylants/LGDJ, Bruselas/París, 1997, p. 167).

⁹ Ver comentario detallado sobre estas normas en el ítem 3.2.

¹⁰ Ver ítems 2.1, 2.4 y 3.2 del Anexo de la Decisión CMC N° 26/03.

¹¹ En virtud del artículo 4º de la Decisión CMC N° 11/03, compete a la CRPM asistir al Consejo del Mercado Común y a la Presidencia *Pro Tempore* del MERCOSUR en todas las actividades que sean requeridas por cualquiera de ellos; presentar iniciativas al Consejo del Mercado Común sobre materias relativas al proceso de integración del MERCOSUR, a las negociaciones externas y a la conformación del Mercado Común; y fortalecer las relaciones económicas, sociales y parlamentarias en el MERCOSUR, estableciendo vínculos con la Comisión Parlamentaria Conjunta y el Foro Consultivo Económico y Social, así como con las Reuniones Especializadas del MERCOSUR, además de las funciones delegadas de representación externa que fueron atribuidas a su ilustre Presidente.

de que ya existen en el bloque normas que presiden la creación de otras normas (noción que caracteriza el derecho procesal legislativo).

De esta manera, todos los órganos que participan del proceso legislativo del MERCOSUR estarían conscientes de que la falta de respeto a esas normas acarrea la nulidad de la regla que se pretendió elaborar, resultando de ello su inaptitud para producir efectos, que puede ser declarada tanto en el ámbito del sistema autónomo de solución de controversias del bloque, como por las jurisdicciones nacionales incitadas a pronunciarse respecto de esas normas.

Por otro lado, la referencia al proceso legislativo presupone la futura sistematización de esas normas procesales, que podría ser promovida con la inclusión de un capítulo propio en el texto del Protocolo de Ouro Preto.

Dicha medida sería largamente deseable para facilitar el trabajo de los negociadores que actúan en el bloque, pero igualmente para esclarecer los actores sociales en él implicados, puesto que la elaboración de normas de fuente internacional persigue peculiaridades de difícil manejo.

2.3. Las peculiaridades de un proceso legislativo internacional

La visión de que el derecho regula su propia creación, estableciendo las normas que presiden la producción de otras normas, sean normas generales o individualizadas, no es menos clara en derecho internacional, aunque sea escasamente referida.

A mediados del siglo pasado, la buena doctrina constitucionalista ya lo reconocía.

Es lógico que el derecho internacional también tenga una dimensión *procesal*, con, por lo menos, tres divisiones. La primera sería la del *proceso legislativo internacional*, en que la palabra *legislativo*, aplicada sin rigorismo terminológico, dada la inexistencia de verdaderas leyes en ese dominio, resulta de imperfecta analogía con lo que pasa en el área del derecho interno. Tal proceso disciplinaría el modo de formación de los acuerdos y convenciones internacionales, especialmente de los llamados *tratados-leyes*. En seguida, vendría el *proceso judicial internacional*, que prescribiría la manera de obrar de las cortes o tribunales internacionales. Por fin, el *proceso administrativo internacional* comprendería las normas para la producción de *actos administrativos* de entidades internacionales, como los dos Secretariados de la Organización de las Naciones Unidas, de la Organización de los Estados Americanos, de la Organización de la Unidad Africana y de otros organismos.¹²

¹² SAMPAIO, Nelson de Sousa, *O Processo Legislativo*, 2^a edición, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p. 29. No obstante, los doctrinarios reconocen que, en el derecho internacional común, hay un primer momento de «fabricación» de un objeto en el que, aun producido en forma lícita, constituye un objeto inerte cuyos efectos

En un enfoque bastante amplio, con la finalidad meramente instrumental, sería pertinente visualizar las grandes líneas de los procesos legislativos ordinarios en el plano nacional y en el plano internacional.

Tabla 2.
Fases del Proceso Legislativo Ordinario

Nacional	Internacional	
Iniciativa (de miembros del Legislativo, Ejecutivo, Judicial o popular)	Iniciativa (bilateral, foros multilaterales, organizaciones internacionales, comunidades de Estados)	
Discusión Posibilidad de <i>Referendum</i>	Negociación Posibilidad de <i>Referendum</i>	
Votación	Conclusión (individual/bilateral) o Deliberación (colectiva)	
Sanción o Veto	Incorporación	Aprobación Legislativa
Promulgación		Ratificación por el Ejecutivo
Publicación		Promulgación/Publicación

Se constata que el proceso legislativo internacional tiende a reproducir el sistema de frenos y contrapesos existente en el plano interno, cuando hay obligatoriedad de incorporación de las normas a los ordenamientos nacionales.

Es precisamente por esa razón que la Unión Europea carga consigo la marca del «déficit democrático»: las normas esenciales del derecho comunitario, sean los Reglamentos y las Decisiones, dispensan la incorporación a los ordenamientos nacionales.¹³

2.4. El proceso legislativo y la legitimidad democrática

Aunque la historia haya comprobado que la democracia es condición indispensable para la integración económica, el predominio de las diplomacias nacionales en la conducción de estos procesos, por estar vinculadas a los Poderes Ejecutivos, hacen del cuestionamiento de la legitimidad democrática de la integración un debate universal y permanente.

son meramente virtuales; y un segundo momento en el que un acto estatal posterior permite su invocabilidad en juicio, marcando la distinción, típica del derecho internacional común, entre objeto e invocabilidad, entre efectos virtuales y efectos actuales (COMBACOU, Jean-SUR, Serge, *Droit International Public*, 3^a edición, ed. Montchrestien, París, 1997, p. 24).

¹³ Aunque las Directivas comunitarias sean, evidentemente, de gran relevancia en el ámbito de la integración europea, se refieren, en verdad, al dominio de la *armonización de las legislaciones nacionales*, sin pertenecer, por lo tanto, al núcleo decisorio de las materias más importantes de derecho comunitario.

Presentada como el más acabado modelo de integración económica, la Unión Europea aún no ha conseguido resolver la cuestión de la representatividad y de la participación popular en los diferentes niveles de poder (*multilevel governance*).

La legitimidad democrática de la Unión Europea, en particular su ordenamiento jurídico, se establece básicamente

- en la legitimidad de los Poderes Ejecutivos, electos por sufragio universal en sus respectivos países, que jamás renunciaron a la cumbre del proceso de integración europeo, aún plenamente intergubernamental —en el cuadro institucional comunitario, el Consejo de la UE, y en el ámbito general las Conferencias Intergubernamentales y el Consejo Europeo;¹⁴
- en la legitimidad del Parlamento Europeo, electo por sufragio universal, que paulatinamente amplió su participación en el proceso legislativo comunitario, aunque el mismo disfrute de relativo poder decisorio;¹⁵
- en la legitimidad obtenida vía mecanismos de consulta, tanto en el ámbito de las instituciones comunitarias propiamente consultivas (Comité de Regiones y Consejo Económico y Social) como por medio de instrumentos de participación directa de la sociedad civil, en ningún caso con efectivo poder de decisión.¹⁶

De ese modo, la crítica a la representatividad del proceso legislativo europeo se opera en dos planos:

- en el funcionamiento de las propias instituciones comunitarias,¹⁷

¹⁴ Esta situación engendra el «desdoblamiento funcional» que, según Jean-Louis Quermonne, es «el ejercicio, por autoridades cuya competencia existe soberanamente en un cierto nivel —en el caso, los dos Estados miembros— de un poder complementario ejercido de manera subsidiaria en un nivel más elevado —en el caso, el europeo. De ahí resulta la emergencia de un gobierno “en tiempo parcial”, confiado a Ministros y a Jefes de Estado o de Gobierno nacionales que a ella pueden consagrarse apenas, en la mejor de las hipótesis, una parte reducida de sus actividades. [...] El declive de la Comisión Europea se traduce entonces en la disminución del papel de las personas que tienen la capacidad de consagrarse en tiempo integral a la gobernanza de la Unión» (*L'Europe en quête de légitimité*, ed. Presses de Science Po, París, 2001, p. 61). Sobre la cuestión del déficit democrático en la UE ver también, PESCATORE, Pierre, «Las exigencias de la democracia y la legitimidad de la Comunidad Europea», revista *Derecho de la Integración* N° 17, vol. VII, noviembre 1974, ed. INTAL, Buenos Aires, pp. 45 a 54.

¹⁵ En las hipótesis en que se aplica el complejo procedimiento de codecisión, el Parlamento Europeo ejerce una especie de poder de veto sobre los proyectos del Consejo, v. artículo 251 TCE. Los demás modos de participación del Parlamento Europeo en el proceso legislativo comprenden grados variables pero siempre reducidos de influencia (v. BERTRAND, Geneviève, *La prise de décision dans l'U.E.*, ed. La Doc Française, París, 2002, p. 49-58).

¹⁶ Ver la Comunicación de la Comisión Europea, «Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées», elaborada en aplicación del Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, Bruselas (2001) 428 final, 25.7.2001, en particular ítem 3.1.

¹⁷ En su magistral ensayo sobre la responsabilidad política en Europa, Paul Magnette concluye que una futura transformación de Europa en Estado Federal (como proponen Jürgen Habermas y otros republicanos) sería la

- pero igualmente en la formulación interna de la política comunitaria de cada Estado Parte.

Esto ocurre porque, contrariamente a lo que sustentan algunos comentaristas, en particular en Latinoamérica, lo esencial del poder decisorio institucional sigue fuertemente concentrado en los Estados miembros de la Unión Europea, manifestado a través de las posiciones de los respectivos Poderes Ejecutivos.¹⁸

Se trata de la imposibilidad de controlar órganos que no son estrictamente nacionales y por eso, al menos en parte, escapan al control de los Parlamentos nacionales, pero que tampoco son órganos supranacionales, y por lo tanto no están sometidos al control del Parlamento Europeo.

Esta discusión debe merecer significativos desdoblamientos con la adopción de la Constitución Europea.

Volviendo al caso del MERCOSUR, la discusión con relación al proceso legislativo y a la incorporación de las normas no puede olvidar este relevante aspecto, que será especialmente referido en el Capítulo 3. En efecto, la agilización de los procedimientos de incorporación puede ser compensada si fuese debidamente acompañada por la ampliación de mecanismos de consulta y de participación popular en las fases iniciales de la elaboración de la norma, y a lo largo de todo el proceso legislativo que se pasa a discutir en las páginas siguientes.

2.5. El «legicentrismo» y la «inflación normativa»

El origen romano-germánico del derecho de los Estados Partes del MERCOSUR determina su marcada tendencia *legicéntrica*.

En lo que atañe a la concreción del derecho, los Estados Partes del MERCOSUR, a ejemplo de muchos otros en Latinoamérica, pasan paulatinamente a atribuir mayor valor a la jurisprudencia y, por lo tanto, al precedente como fuente jurídica.

prueba de la incapacidad de los gobiernos europeos de prestar cuentas de sus actos a la sociedad, de modo satisfactorio y completo, cuando se trata de acciones que escapan a una eventual sanción electoral. En otras palabras, en tanto la Unión Europea no tenga un Ejecutivo central sujeto al sufragio universal, permanecería como rehén del déficit democrático y de la ausencia de responsabilidad política (en sentido estricto) hoy existente (*Contrôler l'Europe - Pouvoirs et responsabilités dans l'UE*, ed. ULB, Bruselas, 2003, p. 159).

¹⁸ «Aunque todos los argumentos invocados en favor de la eficacia “supranacional” de las instituciones europeas sean verdaderos, eso en nada modifica la realidad “intergubernamental”, que hace que el acuerdo de los gobiernos nacionales, reunidos en el seno del Consejo, se imponga por las decisiones mayores de la “integración positiva”, y que esos gobiernos no solamente tengan fuertes razones para defender aquello que ellos y su electorado consideran como intereses nacionales importantes en el ámbito de las negociaciones europeas, sino que se trate, en verdad, de su deber, al estar constreñidos por las presiones ejercidas por la oposición» (SCHARPF, Fritz, *Gouverner l'Europe*, ed. Presses de Sciences Po, París, 2000, p. 194).

En lo que atañe, sin embargo, al poder regulador del Estado, la ley se mantiene como la principal expresión de la esfera política.

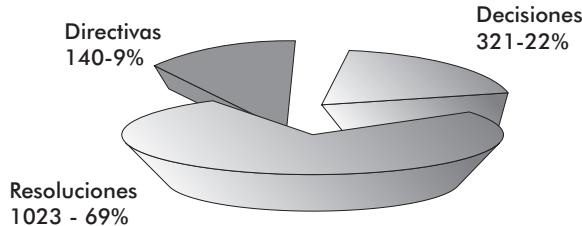
Por consiguiente, la legislación de estos Estados es abundante y el Poder Ejecutivo responde por la elaboración de gran parte de las normas —sea individualmente (actos normativos, reglamentación de normas, leyes delegadas, etc.) o como uno de los actores del proceso (sanción y veto, iniciativa en la proposición de normas, etc.).

Las peculiaridades nacionales coincidentes encuentran eco, naturalmente, en el ámbito del MERCOSUR, lo que lleva a las instituciones comunitarias, también, a expresarse preferentemente por medio de normas.

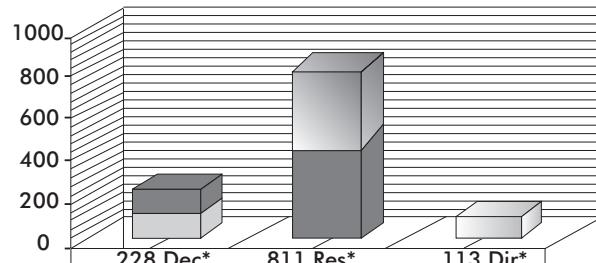
Esto explica el inmenso acervo normativo del MERCOSUR en el período de trece años. Se aprobaron 331 Decisiones del CMC, 1.023 Resoluciones del GMC y 140 Directivas de la CCM, totalizando 1.494 normas, de las cuales aproximadamente 150 se encuentran derogadas.

Gráfico 3

NORMAS APROBADAS - 1991 a febrero de 2004



Estado de Incorporación de las Normas



* Normas que necesitan incorporación

Cabe, sin embargo, preguntarse si dicho acervo está compuesto efectivamente de normas en el sentido propio del término.

Se entiende por norma jurídica *una regla cuya aplicación es garantizada por una sanción externa e institucionalizada*.¹⁹

En esta etapa del análisis, aún es irrelevante el hecho de que las normas más importantes del MERCOSUR dependen de su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos, puesto que dicha incorporación confiere fuerza sancionatoria interna plena a esas normas en el momento en que son incorporadas.

Lo relevante es constatar en particular que un número significativo de «normas» constituyen meras declaraciones de intenciones, listados variados, o aun objetos diversos que no permiten clasificación.

Entre abundantes ejemplos, podría ser indicada la Decisión CMC N° 04/03 que, en derecho administrativo interno, sería tipificada como un acto administrativo ordinario, como se puede observar a continuación:

MERCOSUR/CMC/DEC. N° 04/03

SCOPE OF WORK MERCOSUR-JICA PARA UN «ESTUDIO SOBRE EL MEJORAMIENTO DE LA TECNOLOGÍA DE ENVASE Y EMBALAJE PARA LA DISTRIBUCIÓN DE MERCADERÍAS EN EL MERCOSUR»

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y la Decisión N° 10/91 del Consejo del Mercado Común.

CONSIDERANDO:

Que en el marco de la estrategia del relacionamiento externo del MERCOSUR, una de las prioridades, ha sido la celebración de Acuerdos que incrementen los vínculos económicos con otros países o agrupaciones de países;

Que la experiencia de la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (JICA) como donante de cooperación técnica resulta de interés al MERCOSUR.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN

DECIDE:

Artículo 1 - Aprobar la firma de las Notas Reversales y del «Scope of Work» MERCOSUR-Jica para un «Estudio sobre el Mejoramiento de la Tecnología de Envase y Embalaje para la Distribución de Mercaderías en el MERCOSUR», en las versiones en idiomas español, inglés y portugués.

Artículo 2 - Delegar al Grupo Mercado Común la firma de las Notas Reversales y del Scope of Work indicado en el Artículo 1 de la presente Decisión.

¹⁹ Se trata de la clásica definición de Norberto Bobbio en su *Teoria della norma giuridica*, Turín, 1958. Aunque sea inagotable el debate relativo a la noción de norma jurídica, este concepto fue aquí adoptado por su evidente valor instrumental.

Artículo 3 - Esta Decisión no necesita ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR.

XXIV CMC - Asunción, 17/VI/03

Se trata nítidamente de una fórmula por la cual la autoridad (órgano decisorio) manifiesta una decisión final (podría igualmente ser interlocutoria) sobre una situación sometida a su apreciación —en el caso, la aprobación de la firma de las notas referidas en el artículo 1 y la delegación de tal suscripción al GMC (artículo 2º).²⁰

Por lo tanto, en la Decisión analizada, no hay mandato general y abstracto, como tampoco producción de efectos en el plano jurídico.

Por tratarse de un tema considerado de eficacia interna, o sea, cuya producción de efectos se opera *interna corporis*, en su artículo 3 dispensa la incorporación de la norma a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Esta constatación no diminuye la inconveniencia de que tal instrumento aumente las estadísticas de normas producidas en el MERCOSUR, por lo que sería altamente recomendable que se produjese una tipología de actos administrativos ordinarios en el ámbito del bloque.

El problema es de mayor gravedad en lo que se refiere al papel desarrollado por las Reuniones de Ministros en el proceso de elaboración de las normas del MERCOSUR.

Cabe recordar que los tratados constitutivos determinan que, *siendo desprovistas de poder decisorio, las Reuniones de Ministros no disponen de capacidad para elaborar normas*. Los artículos 2º y 41, III, del POP son claros, ya que atribuyen al Consejo del Mercado Común, al Grupo Mercado Común y a la Comisión de Comercio del MERCOSUR el poder de elaborar normas.

En apoyo del derecho originario, puede ser tomado el ejemplo de la Reunión de Ministros del Interior —una de las que tiene mayores problemas de incorporación—: su naturaleza jurídica se extrae claramente del texto de una norma derivada, la Decisión CMC N° 07/96.

²⁰ En derecho brasileño, por ejemplo, se trata típicamente de un «despacho», que apenas excepcionalmente puede ser normativo «si por decisión de la autoridad competente se torna obligatorio para casos idénticos que puedan ocurrir en un futuro» (GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, 7^a edición, ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 86), lo que no es manifiestamente el caso.

MERCOSUR/CMC/DEC. N° 07/96

Que para el avance del proceso de integración del MERCOSUR sería conveniente tratar determinados temas a nivel ministerial o de funcionarios de jerarquía equivalente,

Que las Reuniones de Ministros se deben desarrollar de acuerdo a los propósitos, principios y modalidades institucionales previstos en el Tratado de Asunción y sus Protocolos Adicionales,

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN

DECIDE:

Artículo 1 - Crear la Reunión de Ministros del Interior o de funcionarios de jerarquía equivalente, a fin de avanzar en la elaboración de mecanismos comunes, para profundizar la cooperación en las áreas de su competencia.

XI CMC - Fortaleza, 17/12/96

Se trata, por lo tanto, de un foro de Ministros o autoridades de jerarquía equivalente, que permite la profundización de las propuestas relativas a las materias concernientes a las respectivas competencias de sus miembros en el plano nacional.

De esta manera, no existe fundamento legal, en el conjunto normativo del MERCOSUR, que confiera a las Reuniones de Ministros la prerrogativa de elaborar normas.

Se trata, específica y exclusivamente, de la función de elaborar proyectos de normas.

Gracias a una redacción poco feliz, quiso el derecho originario del MERCOSUR que el contenido propositivo originario de las Reuniones de Ministros fuese denominado «Acuerdo» (artículo 8º VI POP). Más adelante, el POP estipula que el CMC debe pronunciarse a través de Decisiones, que son obligatorias para los Estados Partes (artículo 9º).

Se nota, por lo tanto, que aun en el denominado «Acuerdo», el contenido propositivo no es norma hasta que una Decisión del Consejo del Mercado Común le conceda fuerza decisoria y valor normativo. Es, por lo tanto, la Decisión del CMC que tiene la prerrogativa de conferir obligatoriedad a un acto de una Reunión de Ministros.

La aprobación de un Acuerdo oriundo de las Reuniones de Ministros por el CMC no constituye simple formalidad, puesto que puede el Consejo rechazar tal acto por razones de legalidad o legitimidad, pero igualmente en el ejercicio de su discrecionalidad, o sea, por no estar de acuerdo con el mérito del acto propuesto.

Queda claro que también dicho rechazo causaría una grave tensión institucional, de la misma manera que el rechazo de un proyecto de ley o de un tratado internacional encaminado por el Poder Ejecutivo al poder Legislativo, en el plano nacional, puede causar inconvenientes en las relaciones interinstitucionales. No por ello se cuestiona el alcance de dicha facultad.

Del mismo modo, a título de ejemplo, se recuerda que en el derecho brasileño y en el derecho argentino un proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional solamente se trasforma en ley luego de la sanción presidencial, y que es bastante común el voto total o parcial del Presidente a los proyectos de ley enviados por el Poder Legislativo, aunque el último sea constitucionalmente investido de la competencia para legislar.

Por consiguiente, el derecho originario del MERCOSUR determina que el vehículo utilizado por el CMC para manifestarse sobre los acuerdos propuestos por las Reuniones de Ministros sea una Decisión. En el mismo sentido, el Reglamento Interno del CMC prevé, en su artículo 17 que:

Las Reuniones de Ministros se pronunciarán mediante *acuerdos que deberán ser aprobados* por el Consejo del Mercado Común.

Las conclusiones y acuerdos alcanzados en las Reuniones de Ministros deberán constar en acta que se identificará con las siglas MERCOSUR/RM.../ACTA debiendo archivarse un ejemplar original en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

Las Reuniones de Ministros remitirán copias de las actas y acuerdos alcanzados en sus reuniones al Grupo Mercado Común por intermedio de sus respectivas Secciones Nacionales.²¹

No cabe duda de que, si una Reunión de Ministros aspira a la transformación de su texto en norma, debe presentarlo debidamente acompañado de un «proyecto de Decisión del Consejo».

Establecido que la norma es la Decisión del Consejo y no el texto emanado de la Reunión que la propone, es oportuno destacar que la expresión «Acuerdo» ha llevado a las autoridades ministeriales a la comprensión imperfecta de su papel. Es común la asociación entre el término «Acuerdo» referido en el POP y el tratado internacional. En efecto, la buena doctrina explica que las palabras *tratado, convención y acuerdo* son sinónimas en derecho internacional y, por ello, empleadas como términos genéricos. *Tal generosidad no dispensa, sin embargo, que las partes involucradas sean sujetos de derecho internacional.*

²¹ La cursiva no figura en el original.

La determinación de la autoridad competente para comprometerse internacionalmente, o sea, ejercer la personalidad jurídica internacional del Estado, hace al derecho constitucional. Es la autoridad investida de la competencia de negociación, por la Constitución de cada Estado, la que detiene el poder de designar plenipotenciarios y otorgar plenos poderes. La producción de plenos poderes, emitida por la autoridad competente para producir la política externa, permite asegurar que la negociación será conducida entre agentes competentes de los Estados. Aquí no se trata de una simple formalidad. Puede ser cuestionada, en eventual controversia, tanto la calidad estatal de la entidad representada, como la competencia de la autoridad que otorgó los plenos poderes.

Cabe destacar la diferencia existente entre los plenos poderes para negociar un acuerdo internacional y los conferidos para firmarlo. La buena doctrina reconoce que, en una época en que se multiplican y diversifican las relaciones convencionales, en que las prácticas internas son muy variadas y las relaciones internacionales se institucionalizan, el número de autoridades capaces de negociar se multiplica. No obstante, en el momento de asumir un compromiso, la incompetencia del representante constituye un vicio de consentimiento del Estado, acarreando la nulidad de la norma o de la participación del Estado en dicha norma.

En este orden de ideas, el análisis de la legislación de los Estados Partes y Asociados no contiene ningún indicativo de que las autoridades ministeriales, con excepción de las Cancillerías, sean dotadas de competencia para comprometer internacionalmente a los respectivos Estados, excepto cuando disponen de mandato expreso y específico para la firma de un tratado. El razonamiento deductivo elemental conduce a la constatación inequívoca de que los «Acuerdos» oriundos de las Reuniones de Ministros, en el ámbito del MERCOSUR, no constituyen acuerdos internacionales en el sentido jurídico del término, independientemente de su contenido, por el simple hecho de que los signatarios no disponen de competencia para comprometer internacionalmente a sus Estados.

Esta cuestión es aún más contundente cuando se trata de una norma de una organización internacional. Los actos de las organizaciones internacionales son actos jurídicos derivados. Su elaboración, reglamentada por el derecho internacional y especialmente por la carta constitutiva de la organización, obedece a una lógica colegial y a un procedimiento escrito. Es a partir de los tratados que tales actos asumen su existencia jurídica, quedando por lo tanto subordinados a aquéllos en cuanto a su eficacia y validez.

Como las demás organizaciones internacionales, el MERCOSUR posee una pluralidad de órganos a los cuales son atribuidos poderes y competencias distintos. Los actos de esas instituciones pueden ser preparatorios (proposiciones), tener contenido general y abstracto (vocación normativa) o contenido concreto e

individualizado (norma de eficacia individual o deliberación), proceder a constataciones (sobre una situación de hecho, sobre reglas) o contener una invitación o una orden expresa. Sus efectos pueden ser internos a la organización, dirigidos a los Estados miembros (obligatorios o no obligatorios) o dirigidos a terceros (otras Organizaciones Internacionales, Estados no miembros, particulares).

El vocabulario y otros aspectos formales son importantes en la medida en que aclaran en cada caso las intenciones a lo largo de las etapas del procedimiento de elaboración (poderes, negociación, adopción y autenticación del texto, voluntad de dar continuidad al procedimiento, voluntad de expresar su consentimiento), como así también los efectos de tales actos y normas.

En el actual estado de cosas, el término «Acuerdo» designa simplemente un acto propositivo, dotado eventualmente de vocación normativa, siendo irrelevante el estatuto jerárquico interno de cada Ministro; de allí que la competencia para comprometerse internacionalmente es específica y obedece a la lógica de la unicidad de la representación externa del Estado.

La numeración de estos «Acuerdos» posee sentido exclusivamente interno, para fines de organización de las Reuniones de Ministros. Lo que se cumple son las Decisiones del Consejo, no los Acuerdos de los Ministros.

En este sentido, la adopción de una terminología normativa clara y precisa, para orientar a los órganos del MERCOSUR dotados de poder propositivo, sería altamente deseable, si no urgente.

Otro ejemplo bastante significativo de la necesidad de percibir el proceso legislativo del MERCOSUR sobre una perspectiva general y previamente ordenada se encuentra en las Decisiones del CMC N° 18/03 y 35/03, aprobadas en la Cumbre de diciembre de 2003, en Montevideo.

La primera Decisión, resultado de un largo y penoso trabajo de los órganos técnicos correspondientes, procura sistematizar todas las normas relativas al régimen de origen del MERCOSUR, como lo indica su preámbulo:

Que resulta necesario unificar en un documento todas las normas referidas al Régimen de Origen MERCOSUR.

Que dicha unificación facilitará la aplicación del Régimen de Origen MERCOSUR tanto para las autoridades competentes como para los operadores comerciales.

Durante la misma reunión, los Estados Partes consideraron oportuno aprobar la segunda Decisión *supra* citada (Decisión CMC N° 35/03), que adiciona nuevos y relevantes dispositivos al régimen unificado por la Decisión CMC N° 18/03.

Tal ejemplo bien indica la necesidad de perfeccionar el proceso legislativo del MERCOSUR, sin dejar dudas de que muchos de los problemas relativos a la incorporación de normas tienen origen, no en la negligencia o en la resistencia de los Estados Partes, sino en las diferentes fases de elaboración de las normas.