INTER–AMERICAN DEVELOPMENT BANK

Integration and Regional Programs Department
Regional Operations Department 1

Deepening Integration of MERCOSUR: Dealing with Disparities

ASIMETRÍAS CRUZADAS O *CUBISMO NORMATIVO*
LA INCORPORACIÓN DE NORMAS EN EL MERCOSUR

Deisy Ventura

I N D I C E

I ASPECTOS ESTRUCTURALES: EL COMPLEJO SISTEMA COMÚN DE INCORPORACIÓN DE NORMAS Y LOS SISTEMAS NACIONALES 3

II ASPECTOS COYUNTURALES: EL ESTADO ACTUAL DE LA INCORPORACIÓN DE NORMAS Y SU IMPACTO SOBRE LAS DISPARIDADES ENTRE LOS ESTADOS PARTES 14

The opinions expressed herein are those of the authors and do not necessarily reflect the official position of the IDB or its member countries.

(11) INTERNALIZATION OF RULES IN MERCOSUR

ASIMETRÍAS CRUZADAS O *CUBISMO NORMATIVO*

LA INCORPORACIÓN DE NORMAS EN EL MERCOSUR

Deisy Ventura*

En un proceso de integración económica es natural que se vislumbre un sistema propio y peculiar de control de la vigencia y de la aplicación judicial de las normas. Sería inútil concebir un conjunto de normas que no tuviera vocación de efectividad (de traducirse por actos o comportamientos tangibles). La norma jurídica, no importando en que ámbito se produce, es aquella cuya ejecución es garantizada por una sanción externa e institucionalizada. Ello significa reconocer que la existencia del derecho supone la existencia de una organización e impone la existencia de un sistema normativo. El sistema jurídico-institucional de integración más avanzado del cual se tiene noticia, en el mundo contemporáneo, es lo de la Unión Europea, desarrollado a lo largo de más de medio siglo. No se trata de una alianza diplomática, sino más bien de un acoplamiento estructural entre Estados, del cual participan todos los portafolios de gobierno y el conjunto de las instituciones políticas nacionales.

El Mercado Común del Sur, MERCOSUR, no generó expresamente un ordenamiento jurídico autónomo, en el cual el Tratado de Asunción (TAs, 26 de marzo de 1991) desempeñaría la función equivalente a la de una constitución en el orden interno. Sin embargo, es innegable que los actos normativos de las instituciones del MERCOSUR, una vez incorporados a los ordenamientos internos de los Estados miembros, derivan del TAs y deben estar conformes a él. Este conjunto normativo deriva de las decisiones políticas y jurídicas tomadas durante el proceso de integración, y son el resultado de un proceso evolutivo y continuo. El carácter **obligatorio** de las Decisiones, Resoluciones y Directivas adoptadas por las instituciones comunes fue varias veces afirmado en el texto del Protocolo de Ouro Preto (POP, 17 de diciembre de 1994). Los artículos que establecen la tipología de los actos normativos del MERCOSUR ya les atribuyen una naturaleza coercitiva.[1] Los Estados-miembros son por lo tanto obligados a **transponer**

* Doctora en Derecho de la Universidad de París 1 (Pantheón-Sorbonne). Profesora de Derecho de la Integración de la Universidad Federal de Santa María (RS, Brasil). Consultora Jurídica de la Secretaría del MERCOSUR. El análisis y las opiniones expresadas en este artículo son de exclusiva responsabilidad de la autora y no vinculan a los Estados Partes del MERCOSUR ni a la Secretaría del MERCOSUR. **Las estadísticas y datos citados en este artículo son estimativas no oficiales elaboradas por la autora en base a la información pública de la Secretaría del MERCOSUR y de los Estados Partes**.

1. Ver arts. 9, 15 y 20 POP. Con relación a la jerarquía entre las normas de derecho derivado, no existe, en el derecho del MERCOSUR, regla de solución de conflicto. Es posible presumir que la jerarquía verificada entre los órganos deliberativos se extiende a las normas sancionadas por ellos. Las Decisiones del Consejo tendrían, entonces, primacía sobre las Resoluciones del Grupo que, por su parte, ocuparían una posición jerárquicamente superior a las Directivas de la Comisión de Comercio.

esas reglas a los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, las condiciones en las cuales se opera esa transposición limitan el alcance de las obligaciones de los Estados-miembros y engendran graves problemas de coherencia sistémica, en el plan de la vigencia de las normas.

Aunque pueda ser considerado como una temática distinta, el tema de la aplicación de las normas está profundamente vinculado al problema de su vigencia.[2] Las posibilidades limitadas, o la imposibilidad en ciertos casos, de demandar ante las jurisdicciones nacionales contra Estados extranjeros e instituciones internacionales, así como los límites de las escasas jurisdicciones internacionales hoy existentes, hacen con que un sistema autónomo de aplicación del derecho sea el único capaz de garantizar la efectividad de los compromisos asumidos por los Estados, pero también la posibilidad de que los ciudadanos invoquen las normas comunitarias en juicio. Este es uno de los principales elementos del principio de la seguridad jurídica, condición indispensable para el incremento comercial durable y para atraer inversiones extranjeras.

Los Estados Partes del MERCOSUR prefirieron, a la construcción de una verdadera jurisprudencia comunitaria, un sistema de solución de controversias inspirado en una concepción clásica de resolución de conflictos internacionales, a través de negociaciones diplomáticas y de arbitraje. En el sistema del Protocolo de Olivos (18 de febrero de 2002), que remplaza lo del Protocolo de Brasilia (17 de diciembre de 1991), se distinguen tres características. En primer lugar, él reposa más sobre la acción diplomática y el arbitraje que sobre principios jurídicos – el Tribunal Permanente de Revisión instalado en Asunción no es más que una instancia arbitral de recurso. En segundo lugar, el campo de aplicación del PB se limita a la interpretación y aplicación de las normas comunes, o a sancionar la violación de esas reglas, en relación a los Estados-miembros del bloque – los actos de las instituciones del MERCOSUR o de las personas físicas y jurídicas quedan, por lo tanto, excluidos de control. Finalmente, los individuos no poseen acceso directo al sistema. Sin embargo, un particular puede invocar el PO ante un Estado-miembro. En la hipótesis de que un Estado decida endosar la pretensión del particular, el Estado se torna autor de la demanda. Luego, la continuación del proceso queda integralmente a cargo del Estado reclamante.

Actualmente, el marco jurídico de solución de controversias del MERCOSUR se sitúa en tres niveles. En primer lugar, un conflicto *entre los Estados-miembros* puede ser resuelto tanto por el sistema autónomo del MERCOSUR, fundado en el PO, el POP y el Reglamento del PO; como por otros sistemas de solución de controversias en un ámbito del cual formen parte los litigantes, como él de la Organización Mundial de Comercio (OMC). En segundo lugar, una controversia *entre un ciudadano y un Estado-miembro* sólo puede ser solucionada en el ámbito del sistema autónomo del MERCOSUR, por medio del endoso de la demanda del particular por un Estado.[3] Finalmente, una controversia *entre ciudadanos de los Estados-miembros*, sobre el derecho del MERCOSUR puede ser solucionada tanto en el marco de los numerosos acuerdos internacionales sobre arbitraje comercial entre particulares (con los límites que

[2] Sobre la aplicación judicial del derecho del MERCOSUR, ver Informe del Sector de Asesoría Técnica de la Secretaría del MERCOSUR relativo al año de 2003, disponible en www.mercosur.org.uy.
[3] El ciudadano no podrá, en ninguna hipótesis, demandar contra su proprio Estado.

caracterizan el arbitraje), como por las jurisdicciones nacionales, dejándose en claro que por un lado, **el juez nacional se limita a aplicar el *derecho interno* que tiene como fuente al MERCOSUR** - ya que sólo puede aplicar reglas comunes **incorporadas** a los ordenamientos nacionales - y por otro lado, que **no existe garantía de la uniformidad de aplicación de ese derecho en el territorio de los diferentes Estados-miembros**.

Esto significa reconocer que un sistema inadecuado de vigencia implica directamente un déficit de aplicación de las normas junto a los operadores económicos y a la ciudadanía. La problemática de este artículo es de identificar las consecuencias del modelo de incorporación de normas sobre la efectividad del derecho del MERCOSUR, revelando un "cruzamiento" entre las distintas asimetrías que existen en el bloque. La primera parte del texto, dedicada a los elementos sistémicos de la cuestión, demuestra que el problema principal de la incorporación de normas no es la asimetría constitucional entre los Estados miembros: aunque un mecanismo que podría dispensar la incorporación de normas figure en la letra fría de sus Constituciones, Argentina y Paraguay jamás han puesto en práctica dicho instrumento. La segunda parte del artículo se dedica a los elementos de coyuntura, a fines de probar que el sistema "comunitario" de incorporación es generador de un verdadero mosaico normativo, marcadamente asimétrico, al hacer predominar distintos elementos nacionales sobre la perspectiva de una seguridad jurídica en el plan regional.

I ASPECTOS ESTRUCTURALES: EL COMPLEJO SISTEMA COMÚN DE INCORPORACIÓN DE NORMAS Y LOS SISTEMAS NACIONALES

El capitulo IV del POP se intitula "Aplicación Interna de las Normas Emanadas de los Órganos del MERCOSUR". De acuerdo con el artículo 38, los Estados Partes se comprometen a tomar todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación de las Decisiones, Resoluciones y Directivas dentro de sus territorios. El parágrafo único de ese artículo agrega que los Estados Partes informarán a la Secretaría Administrativa del MERCOSUL (SAM) al respecto de las medidas adoptadas con tal finalidad.[4] El artículo 38 establece por lo tanto, el principio general que atribuye a los gobiernos nacionales en forma individual, la función de control de la aplicación del derecho derivado del MERCOSUR en los límites de sus respectivas jurisdicciones. Los Estados son, por lo tanto, guardianes de sus propios compromisos. La eficacia de las normas comunitarias depende de la diligencia de los Estados-miembros en adoptar las medidas que permitan su aplicación.

Enseguida, el Protocolo aparta cualquier posibilidad de aplicabilidad inmediata del derecho derivado del MERCOSUR en los ordenamientos jurídicos nacionales. Él detalla

[4] La referencia a la Secretaría en el artículo 38, no debe ser vista como una función adicional de control en el nivel comunitario. En realidad, se trata de la extensión natural de las funciones de archivo e información atribuidas por el POP a la SAM. La transformación de la SAM en órgano técnico, promovida por la Decisión CMC nº 30/02, no aporta ningún cambio a esta constatación. Para fines de difusión, aunque jurídicamente conserve su nombre original, la Secretaría pasó a llamarse Secretaría del MERCOSUR (SM).

el procedimiento seguido por los Estados con relación a la incorporación interna del derecho derivado del MERCOSUR, a fin de garantizar su "vigencia simultánea" en los Estados Partes (art. 40, *caput*). Primeramente, de acuerdo con el artículo 40 *i*, una vez "aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional". Esta disposición reitera, *in fine*, que los Estados deben informar a la SAM sobre las medidas adoptadas. A seguir, "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" (art. 40, *ii*). Finalmente, "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" (art. 40, *iii*).

El artículo 39 prevé la publicación de las normas del bloque en el Boletín Oficial del MERCOSUR (BOM). Sin embargo, el artículo 40 agrega que "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" (*iii*, *in fine*). Una segunda publicación, en el plano interno, se impone entonces como condición para que esas normas produzcan sus efectos. En verdad, es solamente la primera publicación del texto que se reviste de importancia. La segunda publicación (de la fecha de vigencia) jamás a sido cumplida por ningún Estado. El BOM, a su vez, no pasa de una recopilación, de periodicidad incierta y de formato incompatible con las normas nacionales relativas a la prensa oficial, que no tiene y jamás ha tenido el carácter de condición indispensable para la vigencia de una norma.

De este modo, la vigencia de las normas del MERCOSUR observa un procedimiento más complejo que el aplicable a cualquier otro acuerdo internacional firmado individualmente por un Estado-miembro, cuya entrada en vigor depende únicamente de la incorporación al orden interno según el procedimiento constitucional aplicable. Desde el punto de vista de cada Estado-miembro, la odisea de entrada en vigor de las normas del MERCOSUR se divide en cuatro partes.

En primer lugar, el Estado debe realizar la transposición. En virtud del artículo 42, el derecho derivado del MERCOSUR debe ser incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales "mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país". Sin embargo, ningún Estado Parte, en la actualidad, adopta un procedimiento específico de incorporación de las normas del MERCOSUR. Los cuatro socios cumplen rigurosamente los procedimientos aplicables a cualquier fuente de derecho internacional. Para los acuerdos que crean nuevas obligaciones, aprobación parlamentaria; para las normas derivadas de acuerdos-cuadro, a ejemplo de los *executive agreements*, incorporación por acto del Poder Ejecutivo. Los mecanismos previstos por las Constituciones argentinas y paraguaya, nunca han sido aplicados en el ámbito del MERCOSUR y no es difícil comprender las razones de esta omisión.

En virtud del artículo 75 de la Constitución argentina, reformada en 1994, cabe al Congreso aprobar "los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones estatales, bajo condición de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en consecuencia de

ellos tienen jerarquía superior a las leyes" (inc. 24). Dos consecuencias esenciales pueden destacarse a partir de allí. En primer lugar, la Constitución autoriza expresamente la aprobación de un tratado constitutivo de una organización supranacional, pudiendo el Estado argentino delegar competencias a la misma y someterse a su jurisdicción. En segundo lugar, las normas elaboradas en el ámbito de esa organización supranacional se localizan en una posición jerárquica superior a las leyes. Por lo tanto, la Constitución extendería al derecho derivado de los órganos supranacionales la regla general de la superioridad de los tratados, establecida en virtud del artículo 22, según el cual los tratados poseen un valor superior a la ley, siempre que se cumplan tres condiciones: la reciprocidad, la igualdad y el respeto por el orden democrático y los derechos humanos. Es preciso sin embargo, dimensionar el alcance de estas condiciones.

La reciprocidad parece constituir antes que nada una salvaguardia, en la medida en que Argentina utilizará este mecanismo constitucional apenas en caso de que sus socios se muestren igualmente dispuestos a delegar competencias, y a otorgar un estatuto privilegiado a las normas del Mercosur en los respectivos ordenamientos jurídicos. La igualdad entre los Estados, principio *westphaliano* clásico, veda acciones que impliquen la subordinación a otros Estados, o la conclusión de convenciones leoninas, cuya ejecución podría ocasionar a los demás socios una ventaja excesiva en detrimento de la Argentina. Por último, el respeto por la democracia y por los derechos humanos refleja la moderna tendencia de multiplicar las "cláusulas democráticas" en los acuerdos internacionales.

La Constitución paraguaya vigente, reformada en 1992, autoriza expresamente la participación del Estado en un orden jurídico supranacional. Según el artículo 145, "la República del Paraguay, en condiciones de igualdad con los 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". También agrega que las decisiones relativas a este orden "sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso". El texto argentino se asemeja, en su espíritu, al paraguayo, cuando pretende lanzar las bases para que estos países puedan adaptarse, en el futuro, a un orden comunitario. Sin embargo, a diferencia de la Argentina, Paraguay no menciona el derecho derivado entre la jerarquía de las fuentes del derecho, limitandose a afirmar que la Constitución se encuentra por encima de los acuerdos internacionales ratificados y aprobados, que a su vez están por encima de las leyes nacionales. Argentina posee entonces, innegablemente, la Constitución más explícita, pero no la podrá aplicar mientras no exista un órgano supranacional en el ámbito del MERCOSUR.

La Constitución brasileña de 1988, considerada conjuntamente con la de Uruguay como impeditiva de un nuevo sistema jurídico regional, sólo se refiere a la integración económica en el parágrafo único del artículo 4º, cuando fija los principios que deben orientar al Brasil en sus relaciones internacionales: "la República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de Latinoamérica, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones". Queda cada vez más ultrapasada la doctrina según la cual esta regla posee apenas carácter programático y consecuentemente, no gozaría de eficacia plena.

Aunque pionera, la referencia a la integración contenida en la Ley Fundamental uruguaya, de 1967, es enigmática, probablemente en razón de su carácter obsoleto. Según el artículo 6 (último inciso), "la República procurará la integración social 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 sus servicios públicos". La doctrina uruguaya no es unánime cuando se trata de precisar el alcance del artículo 6 , ni del artículo 4, aparentemente bastante restrictivo en relación a las fuentes de derecho que admite: "la soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará".

No es remota la posibilidad de reforma de las Constituciones de Brasil y Uruguay, cuya rigidez es relativa. Además, la lectura de las Constituciones de Europa revela abordajes variados de la participación de los Estados de la Unión Europea, que van desde la reglamentación detallada al silencio completo. Ello no impidió la asimilación del acervo normativo comunitario y de la invocabilidad en juicio del derecho comunitario. En realidad, la estricta aplicación de las disposiciones de las Constituciones de los Estados-miembros relativas a las reglas de fuente internacional clásica, se muestra inapropiada al proceso de integración. Claro está que el derecho internacional corresponde a los aspectos estructurales de la sociedad inter-estadual, mientras que el derecho comunitario es adaptado a las necesidades de un proceso de integración lo que justifica, en último análisis, que se desprenda de sus raíces internacionalistas y reivindique su especificidad.

Una vez hecha la transposición, de la misma manera que se la hace para cualquier otra norma de derecho internacional, en segundo lugar, el Estado debe elaborar un acto de información relativo a la transposición y enviarlo a la Secretaría del MERCOSUR. En tercer lugar, debe esperar la Comunicación de la Secretaría que contiene el anuncio de la incorporación de la norma a los ordenamientos jurídicos de los cuatro socios. Finalmente, después de recibir la citada comunicación, el Estado debe realizar las diligencias internas, especialmente la publicación en el Boletín Oficial, para que la norma entre en vigor 30 días después de la notificación por la SM. Este sistema fue reiterado por los Estados-miembros a través de la Decisión nº 23/00 del Consejo, *Incorporación de la normativa MERCOSUR al ordenamiento jurídico de los Estados Partes*, que se limita a agregarle algunos detalles. Tan peculiar sistema deja a la modesta estructura de la SM la pesada tarea de concentrar y después divulgar, las informaciones sobre la incorporación de las normas comunitarias. La realización de esta tarea fue sin embargo, elevada en el texto del Protocolo a condición *sine qua non* para la entrada en vigor del derecho derivado del MERCOSUR.

La lectura de estos artículos da a entender que el derecho originario del MERCOSUR reconoce la existencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos, y así admite claramente el *dualismo*. La expresión se refiere a la antigua querella entre los internacionalistas, en cuanto a la naturaleza de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, llamada *monista* o *dualista*: "o bien se está en presencia de dos ordenamientos separados, rigurosamente cerrados sobre sí mismos y entre los cuales ninguna relación es concebible - entiéndase en el plano del derecho. Es la tesis del dualismo. O bien nos

encontramos frente a un ordenamiento jurídico único, que engloba todas las otras.[5] Es lo que sustenta el monismo".[6] Las Constituciones de los cuatro Estados Partes consagran el sistema dualista.[7]

Aunque las raíces internacionales constituyan el "patrimonio genético" del derecho de la integración, cabe interrogarse si esa idea de dualismo es compatible con los objetivos de los tratados del MERCOSUR. Por otra parte, el procedimiento complejo de transposición de las normas del MERCOSUR, creado en Ouro Preto, suscita varias dificultades relativas a la aplicación del derecho derivado, principalmente en lo que respecta a la uniformidad de interpretación. Los Estados-miembros del MERCOSUR pueden, al igual que el Dios Janus, presentar un rostro diferente conforme el lado de la puerta en que se encuentren. Después de las reuniones de las instituciones del MERCOSUR, cuando retornan a sus respectivas capitales, los representantes de los gobiernos inician un largo trabajo individual para la aplicación de las normas que acabaron de elaborar colectivamente. Sus rostros pueden entonces, mostrarse amenazadores en relación a los compromisos comunitarios: ellos disponen de un verdadero poder para bloquear la efectivación de normas, pudiendo recurrir a la transposición de las normas de acuerdo con su conveniencia.

El texto del POP confiere un verdadero poder de veto a los Estados-miembros en relación a las normas comunitarias; aquél se presenta bajo diferentes formas y en varias fases del proceso legislativo del MERCOSUR. Inicialmente, la simple ausencia o abstención de un Estado en las reuniones deliberativas de las instituciones permite bloquear cualquier deliberación, pues la regla de la toma de decisión es el consenso con la presencia de todos los Estados-miembros (art. 37).[8] A semejanza de la Europa de los años 1960, las crisis de "asiento vacío"[9] deben ser temidas no sólo en el caso de la voluntad deliberada de un Estado de bloquear con su ausencia, el proceso decisorio en cierta materia, sino también

5. Según Kelsen, fundador de la tesis monista con primacía del derecho internacional, "existe un orden jurídico universal, independiente de cualquier reconocimiento y superior a los Estados, una *civitas maxima*", "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1926, IV, p. 325. Así, postulando la unidad de la ciencia del derecho, ve entre el derecho internacional y el derecho interno apenas una diferencia de grado, Cécile TOURNAYE, *Kelsen et la sécurité collective*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 98.

6. Michel VIRALLY, en el célebre artículo "Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes", originalmente publicado en las *Mélanges Rolin* (Paris, Pedone, 1964), reeditado en *Le droit international en devenir – essais écrits au fil des ans*, Paris/Ginebra, PUF/IHEI, 1990, p. 103-117.

7 Sobre las Constituciones nacionales, ver la brillante tesis de Alejandro Daniel Perotti, *Habilitación Constitucional para la Integración Comunitaria – Estudio sobre los Estados del MERCOSUR*, Tomos I y II, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004.

8. La observación de un ex-Secretario General de la Comisión Europea, Emile Noël, en 1984, merece ser agregada: "es ampliamente admitido que la búsqueda sistemática de la unanimidad está en el origen de la parálisis del Consejo (…) no se debe dudar en pasar al voto cuando existe duda. Del mismo modo que la búsqueda sistemática de la unanimidad había instaurado, a lo largo de los años, hábitos paralizantes, hasta destructivos, también el recurso más frecuente a votos sobre materias importantes puede establecer progresivamente un nuevo código de conducta, más flexible y políticamente más exigente", "Réflexions sur le processus de décision dans le Conseil des Communautés européennes", *Mélanges Teitgen*, p. 346-7.

9. En 1965, Francia se opuso a la aplicación de las disposiciones del Tratado CEE que permitían, al final de una etapa del período transitorio, extender las hipótesis de voto por mayoría (en materia agrícola), provocando la llamada 'crisis de la silla vacía', impidiendo la participación de sus representantes en las reuniones de órganos comunitarios de naturaleza intergubernamental. Esta crisis condujo a la adopción, en enero de 1966, del Comunicado de Luxemburgo según el cual en el caso en que el voto por mayoría era posible, pero uno o varios miembros del Consejo indicaban que 'intereses muy importantes' estaban en juego, la discusión proseguiría de modo de intentar llegar a soluciones aceptables por todos los miembros del Consejo. Se constató que el Consejo se abstenía de recurrir al voto por mayoría calificada, aún cuando ello era permitido por los tratados, y se sucedió una lentitud considerable de estos trabajos y una casi parálisis de la Comunidad en muchas materias, Philippe MANIN, *Les Communautés européennes, L'Union européenne*, Paris, Pedone, 1999, p. 204-5.

en la hipótesis de que un Estado, en razón de dificultades políticas y coyunturales, considere que la lentitud de la integración le es, de modo general, favorable.

En segundo lugar, estando todos presentes y expresando su consentimiento para la adopción de una norma por un órgano comunitario, la exégesis del artículo 41 revela que, basta que un solo Estado-miembro no comunique a la Secretaría la adopción de una medida de incorporación, para que la entrada en vigor de la norma en cuestión se torne imposible. Según el sistema del POP, la aplicación de una regla común depende de la Comunicación de la Secretaría sobre la incorporación de la norma en "todos los Estados Partes".[10] Sin embargo, es tan lamentable como cierto que la no transposición una regla no causa ninguna sanción al Estado en cuestión.[11] De este modo, un Estado-miembro del MERCOSUR puede abstenerse de tomar las medidas de transposición de modo sistemático, con total impunidad. También puede manipular la fecha de entrada en vigor de las normas más difíciles de justificar en el plano nacional postergando, o la adopción de la medida de transposición, o la información de la Secretaría.

Además de la lentitud o de la eventual abstención del Estado, tres argumentos hacen creer que el sistema del POP no puede ser admitido como regla general de incorporación del derecho derivado, y consecuentemente no constituye una condición *sine qua non* para la entrada en vigor de las normas del MERCOSUR. Inicialmente, existe un dispositivo específico sobre las condiciones de entrada en vigor, en el texto de cada norma de derecho derivado. A seguir, las dificultades prácticas para adaptar ese procedimiento a los sistemas nacionales de incorporación son numerosas. Finalmente, este sistema es incompatible con la naturaleza de la integración.

En relación a los dispositivos concernientes a la vigencia, previstos individualmente por cada norma de derecho derivado, hay varios ejemplos que revelan su antinomia con el sistema del POP. Por ejemplo, los "acuerdos" que provienen de las Reuniones de Ministros y Especializadas, poseen cláusulas propias de vigencia, similares a las disponibles en el derecho internacional clásico. Entre muchos ejemplos, la Decisión de CMC nº 2/96 aprueba un Protocolo sobre cooperación jurisdiccional en materia penal. De acuerdo con su artículo 28, este protocolo "entrará en vigor con relación a los dos primeros Estados Partes que lo ratifiquen, treinta (30) días después que el segundo país proceda al depósito de su instrumento de ratificación. Para los demás ratificantes, entrará en vigor el trigésimo día posterior al depósito del respectivo instrumento de ratificación". Así, esta disposición específica del protocolo descarta totalmente la "vigencia simultánea" del derecho del MERCOSUR apuntada por el POP.

¿Es posible concluir de este conflicto que el sistema previsto por cada protocolo

10. Además, después de esta notificación, los Estados deben esperar 30 días más para reconocer su fuerza obligatoria.
11. La expresión *carencia* también tendría lugar frente a la abstención de un Estado legalmente obligado la practicar un acto. Pero el término *falta* fue juzgado preferible a fin de evitar cualquier confusión con el contencioso comunitario europeo, en el cual el *recurso en carencia* tiene por objetivo "la constatación, por parte del juez, de la ilegalidad de la abstención de una institución [comunitaria] legalmente obligada a tomar una decisión", Jean BOULOIS y Marco DARMON, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, 1997, p. 227. Ya la *acción por falta* que permite a la Comisión Europea o a cada uno de los Estados-miembros, recurrir al Tribunal de Justicia de las CE, en caso de que consideren que un Estado-miembro faltó a una de las obligaciones que le incumben, en virtud de los tratados, según los artículos 226 y 227 del TCE. Además, "hoy está totalmente establecido en la jurisprudencia que una abstención, siendo un comportamiento activo, puede constituir una falta", Ibíd., p. 267.

individualmente debe prevalecer, en la condición de disposición especial, sobre el sistema general establecido por el POP? En tal hipótesis, el sistema del POP sólo sería aplicado excepcionalmente, ya que la mayor parte de las normas del derecho derivado del MERCOSUR prevé condiciones de aplicación mucho más flexibles. Además, el control de la entrada en vigor de la norma se tornaría muy complicado, por no decir aventurado: algunas normas serían controladas por la Secretaría en Montevideo, a partir de informaciones aportadas por los Estados, mientras que otras dependerían exclusivamente de las informaciones de que dispone el gobierno de Asunción, ya que todos los depósitos de instrumentos de ratificación deben ser hechos junto al Estado paraguayo. De esta forma, sería probable que algunas normas pudiesen aplicarse en un Estado-miembro y no en los demás.

En segundo lugar, en la hipótesis de existir sólo el sistema del POP, esto no dejaría de suscitar cierto número de dificultades de aplicación. Los Estados deben comunicar a la Secretaría la adopción de medidas de aplicación y sólo pueden hacerlo cuando estas medidas fueren efectivamente adoptadas. Se dirá, más tarde, que el depósito de la ratificación no confiere a la norma la capacidad de producir efectos, lo que constituye la consecuencia inmediata de la publicación, y no de la ratificación. Es por lo tanto necesario que la norma sea promulgada y publicada para que los Estados comuniquen su incorporación a la Secretaría.

En la práctica, las normas del MERCOSUR producen sus efectos en cada país luego de la transposición interna de la norma, de acuerdo con el procedimiento constitucional de incorporación respectivo, lo que corresponde al momento en el cual ella se torna invocable en juicio como norma nacional.[12] Ningún país espera la Comunicación de la Secretaría para aplicar una norma del MERCOSUR, justamente porque ello constituiría un nuevo *round* de transposición, englobando el plazo de espera y una nueva publicación que fije la fecha a partir de la cual la norma sería obligatoria.

Finalmente, aunque las objeciones anteriores fuesen carentes de pertinencia, parece conveniente preguntarse si este sistema corresponde a la naturaleza jurídica de las relaciones internacionales. "Todas las doctrinas de 'transformación' (cualquiera que sea el nombre que se le dé en los diversos Estados) son esencialmente inadecuadas a las exigencias resultantes del derecho internacional".[13] Así, al producirse la transformación de la norma de fuente internacional en regla de derecho interno, el Estado altera la naturaleza de la norma: de *compromiso* internacional, ella es reducida a la posición de norma jurídica y sometida a la autoridad del principio *lex posterirori derogat priori* (la ley posterior deroga la ley anterior). Consecuentemente, "el legislador puede, si lo desea,

12. Se trata precisamente del argumento utilizado por la Argentina en el caso de los productos textiles, objeto de la tercera sentencia arbitral del MERCOSUR, de hecho acogido por el Tribunal. Según Buenos Aires, "en la experiencia y práctica del MERCOSUR no se ha logrado aplicar estrictamente el mecanismo del Artículo 40, pero sí una decisión, resolución o directriz que ha sido incorporada al derecho interno, ella rige en cada país desde la fecha del respectivo acto de incorporación. En base a la información suministrada por la Reclamada, el "acto de incorporación" aún está en trámite, ver *Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para decidir sobre la Reclamación hecha por la República Federativa del Brasil a la República Argentina, sobre la Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos,* disponible en <www.mercosur.org.uy>.

13. Pierre PESCATORE, "L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres", *Mélanges Teitgen*, p. 400.

modificar sus términos y poner fin a sus efectos".[14] Es justamente el tipo de problema que se encuentra dentro del MERCOSUR, cuando se constata que la transposición de las normas puede ser hecha conforme a la conveniencia de cada Estado-miembro.

De la lectura del artículo 40 del POP, resulta que el derecho derivado del MERCOSUR, en su conjunto, *debe ser transpuesto*, y los Estados deben cumplir esta obligación aplicando el procedimiento establecido por aquel texto. Sin embargo, algunas líneas después, el POP trae una disposición por lo menos enigmática: "Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo[15] 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" (art. 42).[16]

De ello resulta que un Estado puede considerar que el contenido de una regla ya está presente en su ordenamiento jurídico nacional y de este modo decidir no transponer la norma, o hacerlo apenas parcialmente.[17] El texto de este artículo del POP, tal como fue concebido, autoriza al Estado-miembro a considerar que la naturaleza de un acto lo dispensa del procedimiento de incorporación, contrariamente a lo que parece establecer el artículo 40 de ese mismo texto. El artículo 42 permite deducir que la incorporación no es la regla y que el procedimiento de incorporación a seguir no es el fijado por el artículo 40, sino el previsto por las respectivas normas de los Estados-miembros. De este modo, los gobiernos nacionales disponen de un poder discrecional sobre la oportunidad de transposición y sobre la forma por la cual serán transpuestos los actos comunitarios.

A primera vista, el artículo 42 recuerda la lógica de la Directiva en derecho europeo. En virtud del artículo 249 del TCE, la Directiva "vincula a todos Estados-miembros destinatarios en cuanto al resultado a ser alcanzado, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios". Así, la Directiva deja a los Estados la elección del acto jurídico de transposición. Además, el Estado-miembro puede invocar una situación de "conformidad espontánea" a la Directiva, para sustraerse de la obligación de proceder a una transposición formal de la norma. Es el caso del Estado que dispone de una legislación o reglamentación nacional compatible con las disposiciones de la Directiva. Sin embargo, este paralelo con la Directiva en el marco de la transposición del derecho derivado del MERCOSUR merece al menos dos distinciones.

En primer lugar, la Directiva representa apenas una categoría de norma del derecho comunitario derivado, justamente la única que admite el mecanismo de la transposición

14. Ibíd., p. 401. En el mismo sentido, Denys SIMON: "si la posición jerárquica del derecho internacional depende de una disposición de derecho interno, la primacía del derecho internacional es esencialmente fundada sobre una disposición inferior a las normas superiores a las cuales ella es llamada a hacer prevalecer, lo que termina siendo una aporía lógica; por otro lado, el fundamento de la primacía del derecho internacional es por esencia vulnerable, en el sentido de que el poder constituyente podría en cualquier momento colocar en cuestión la posición del derecho internacional en la jerarquía de las normas", "L'arrêt Sarran: dualisme incompressible ou monisme inversé?", *Europe*, marzo de 1999, p. 4-6, p. 6.

15. El Consejo, el Grupo y la Comisión, o sea, los órganos dotados de poder decisorio, mención idéntica a la del artículo 40.

16. Sin negrita en el original.

17. Esta interpretación es confirmada por la Dec. CMC 23/00, ob. cit., según la cual el derecho del MERCOSUR no será transpuesto en los ordenes nacionales cuando el conjunto de los Estados Partes consideraren que el contenido de la regla se refiere al funcionamiento interno del bloque o cuando el Estado considere individualmente que este contenido ya se encuentra en su ordenamiento interno (art. 5º).

para el derecho interno. El derecho comunitario en general se beneficia irrefutablemente del postulado de la aplicabilidad inmediata. Dentro del MERCOSUR, no hay posibilidad de adoptar conforme el caso, normas directamente aplicables y reglas que deberán ser transpuestas, pues todas las normas deben en principio, ser transpuestas. Así, una eventual "dispensa de transposición" en el MERCOSUR no significa que dicha norma comunitaria se benefició de la aplicabilidad directa. Al contrario, el hecho de que algunas normas no sean transpuestas en algunos países confirma el poder conferido a cada gobierno de evaluar la necesidad de transponer el derecho derivado del bloque y de promoverlo a su manera. Por lo tanto, el principio de la directiva comunitaria - la obligación de resultado y no de medios - se aplica a todas las normas del MERCOSUR.

Un Estado puede considerar, por ejemplo, que una norma relativa al funcionamiento de una institución del MERCOSUR no exige un acto de transposición para el derecho interno. También puede considerar que, en razón de la naturaleza de la norma, la transposición puede observar un procedimiento sumario, en lugar del previsto en el artículo 40. Esto explica la importancia de la segunda distinción: en el derecho europeo, las autoridades nacionales no disponen de una libertad total en cuanto a la determinación del acto por el cual debe ser garantizada la transposición. Los imperativos de uniformidad de aplicación de las normas comunitarias llevaron de hecho, a un "encuadramiento" progresivo del margen de maniobra de los Estados-miembros.

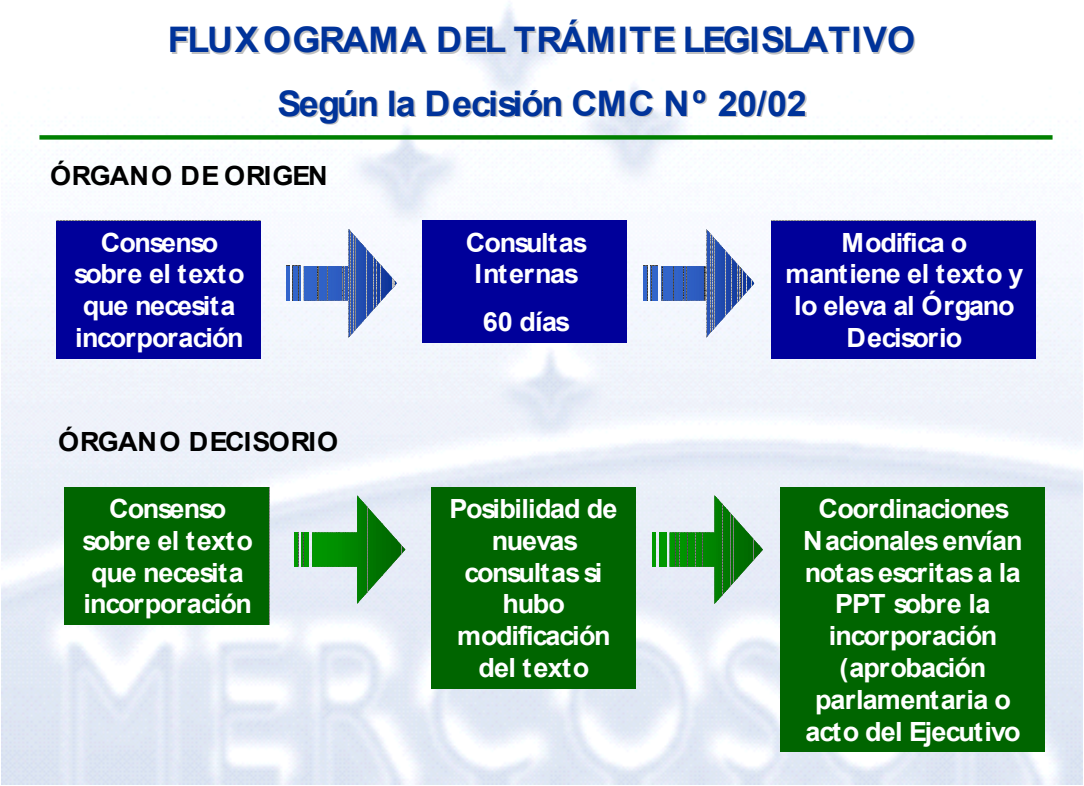
Dentro del MERCOSUR, ese margen de maniobra es total, en la medida en que los cuatro socios viven en regímenes presidenciales. Los gobiernos pueden enviar la norma comunitaria al Poder Legislativo, a fin de que sea incorporada como ley. Ellos también pueden adoptar un simple acto administrativo normativo, escapando al control parlamentario. El derecho administrativo de los países del MERCOSUR consagra, en general, el principio según el cual el Poder Ejecutivo puede modificar o derogar un acto normativo, en cualquier momento, siempre que respete el interés público. En caso de adoptar un acto administrativo normativo, es muy probable que no obedezca al procedimiento de transposición previsto por el artículo 40, pues será necesario esperar la información de la Secretaría y una nueva publicación para que la norma entre en vigor. No existe ninguna garantía de aplicación de este derecho, y mucho menos una garantía de su aplicación uniforme.

Finalmente, aunque el Estado conceda efectivamente una medida de incorporación, la eventualidad de una *transposición defectuosa* puede alterar y hasta distorsionar, el espíritu del texto comunitario. Este riesgo es aún mayor cuando los gobiernos nacionales pueden elegir las modalidades de incorporación de una regla, por ejemplo, amenizando su carácter coercitivo. Sin embargo, en caso de una transposición mal hecha, no existe una para el Estado en cuestión.

Por lo tanto, se constata que una vez incorporadas, las reglas comunitarias disponen de la misma fuerza obligatoria que las reglas nacionales, sean leyes o actos normativos del Poder Ejecutivo, pues forman parte del derecho interno. Sin embargo, no existe una obligación absoluta de transposición, ni un control de la aplicación del derecho derivado

del MERCOSUR. La reciente jurisprudencia no desmiente esta afirmación.[18] Esta indudable constatación ha hecho con que los Estados Partes adoptasen un importante paliativo. Paralelamente, durante dos años los miembros intentaran llegar a un acuerdo sobre la aplicabilidad inmediata de las normas del MERCOSUR, sin éxito.

En virtud de la Decisión nº 20/02, se instaló un sistema complejo de consulta previa a los Estados Partes. Se trata de consultar, durante el proceso de elaboración de la norma en las instituciones del MERCOSUR, a aquellos que tienen competencia, en el plan interno, en la materia objeto de la futura norma comunitaria. El objetivo de la norma es crear un procedimiento 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. Puede facilitar igualmente 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. El trámite del procedimiento de consultas internas está previsto en la figura siguiente.



[18] En Brasil, por ejemplo, la transposición de una norma derivada del MERCOSUR fue objeto de una decisión emblemática del Supremo Tribunal Federal (STF). El caso *Porto de Belém* (*Carta Rogatória 8.279 República Argentina,* 4 de mayo de 1998) concierne a la aplicación de un Protocolo firmado por los Estados-miembros del MERCOSUR, en el ámbito de la Reunión de Ministros de Justicia, aprobado por la Decisión del Consejo nº 27/94 del 17 diciembre de 1994. Se trata de un protocolo de cooperación jurisdiccional relativo a los ejecución de medidas cautelares.

A partir del segundo semestre de 2003, la Decisión CMC nº 20/02 alcanzó significativo grado de cumplimiento, lo que ocasiona la devolución a los órganos de origen numerosos proyectos de normas cuya elevación a los órganos decisorios no ha asegurado el debido respeto al referido dispositivo legal. Se trata de elegir entre la cantidad y la calidad de las normas. El "volumen de trabajo" presentado al final de cada cumbre seguramente es menor, pero a largo plazo es el gigantesco limbo de normas aprobadas y incumplidas que será disminuido, aumentando la credibilidad y la seguridad jurídica del MERCOSUR. Sin embargo, el procedimiento de consultas no es suficiente para solucionar el complejo problema de la incorporación de normas. No hay ninguna automaticidad entre una respuesta favorable a una consulta y la inmediata incorporación, aunque haya una probabilidad de que esta se haga con mayor brevedad y menores inconvenientes. Al contrario, los procedimientos nacionales de incorporación quedan integralmente necesarios.

Conscientes de la amplitud del problema de la vigencia, escasa y asimétrica, de las normas del bloque, los órganos decisorios admitieron, en el Programa de Trabajo MERCOSUR 2004-2006 (Decisión CMC nº 26/03, Anexo, item 3.2), la necesidad de analizar el tema de la incorporación, decidiendo "suscribir en julio del año 2004, un instrumento que establezca el procedimiento para la vigencia inmediata de la normativa MERCOSUR que no requiera aprobación parlamentaria, teniendo en cuenta las especificidades de algunas materias tales como las arancelarias". En este sentido, el Consejo Mercado Común adoptó, en Iguazú, la Decisión n° 22/04 sobre "vigencia y aplicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR", después de una larga y difícil negociación que comprendió la intervención personal y directa de los Cancilleres. El objetivo de la Decisión es la futura adopción, por cada Estado Parte, de un procedimiento para vigencia y aplicación de las Normas MERCOSUR **que no requieran aprobación legislativa**. En una fórmula jurídica antológica, decidió el Consejo que la implementación de dicho procedimiento por cada Estado Parte debería ser *concluida o empezada* antes del 5 de octubre de 2004. Los Estados Partes siguen negociando una manera uniforme de implementar dicho procedimiento en los respectivos órdenes jurídicos nacionales, obedeciendo a los delineamientos del Anexo.

Conforme el cuerpo principal de la Decisión, las Normas MERCOSUR deberán indicar la fecha de su entrada en vigencia. Según el Anexo, habrá consultas internas (Decisión CMC Nº 20/02) y análisis de consistencia jurídica antes de la adopción de las Normas. Dichas consultas podrán modificar las Normas o complementarlas y procurarán especificar las normas nacionales que perderán vigencia con la adopción de la Norma MERCOSUR. Además, a partir de la fecha en que recibieran el texto aprobado, los Estados Partes deberán publicar la Norma hasta cuarenta días antes de la fecha en ella prevista para su entrada en vigencia. Por fin, una vez en vigencia la Norma MERCOSUR, las normas nacionales contrarias que sean de igual o inferior jerarquía quedarán sin efecto. Queda pendiente la definición de qué jerarquía tiene una norma MERCOSUR. Por otro lado, el procedimiento no será aplicable a las Normas que reglamenten la organización o funcionamiento del bloque. Estas entrarán en vigencia en la fecha de su aprobación o en la que indiquen.

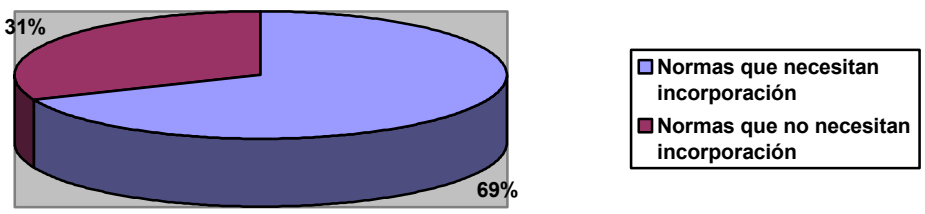
La Decisión analizada creará, cuando implementada, un nuevo modo de incorporación, al lado del art. 40 del POP. Según el art. 42, hay una regla general (obligatoriedad sin necesidad de incorporación legislativa) y una excepción (obligatoriedad con necesidad de incorporación legislativa). El art. 40 trata del procedimiento para vigencia bajo la excepción, o sea, después de incorporación legislativa. La Decisión analizada trata del procedimiento para vigencia bajo la regla general. Por lo tanto, la Decisión excluye las Normas que no necesiten de aprobación por los Poderes Legislativos nacionales.

Otra novedad importante es la creación de sesiones o títulos especiales en los diarios oficiales, que otorgará inédita difusión a las Normas MERCOSUR, tanto desde el punto de vista de los gobiernos como de los ciudadanos. Sin embargo, es posible que algunos Estados no publiquen sólo la norma del MERCOSUR, sino que dictasen una norma nacional que incorporase la norma del MERCOSUR, y publicasen dicha norma nacional de incorporación que contenga la norma del MERCOSUR, invocando una vez más la cuestión de saber cual jerarquía tiene una norma MERCOSUR. El destino de la Decisión analizada depende de la definición y los límites que cada Estado Parte dará a su Procedimiento interno de implementación, para que se cumpla con su correcto tenor – preocupación que se justifica en razón de la escasa calidad técnica de la redacción de la Norma.

II ASPECTOS COYUNTURALES: EL ESTADO ACTUAL DE LA INCORPORACIÓN DE NORMAS Y SU IMPACTO SOBRE LAS DISPARIDADES ENTRE LOS ESTADOS PARTES

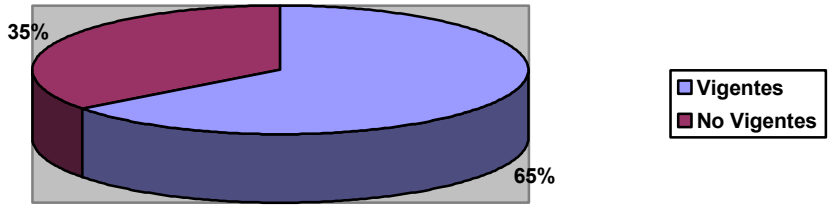
De las 1542 normas elaboradas en el ámbito del MERCOSUR, desde su creación, los Estados Partes deberían incorporar 1060, de las cuales ya incorporaron 517. Las normas que dispensan incorporación son las que producen efectos estrictamente *interna corporis*, o sea, aquellas que se refieren al funcionamiento del bloque y de las cuales hace parte una cláusula expresa de dispensa de incorporación. Así se puede representar el universo de normas que necesitan transposición.

Derecho del MERCOSUR (1991-2004) 1

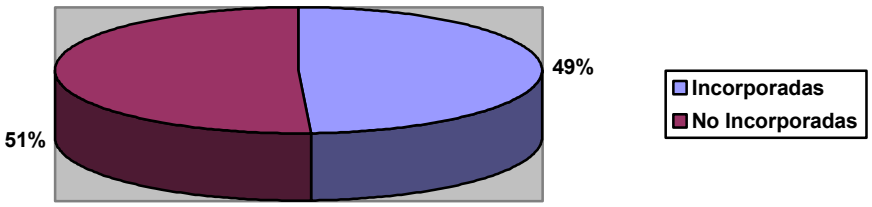


La comprensión de esta particularidad permite comprender porque los Estados Partes decidieran adoptar un nuevo método de elaboración de los datos de incorporación. Tratase de calcular los porcentajes de efectividad del derecho del MERCOSUR por el criterio de norma *vigente* o *no vigente*, en lugar de norma incorporada o no incorporada. Al número de normas incorporadas, se somaría el número de normas dispensadas de incorporación y las derogadas. Con el nuevo cálculo, con los mismos números citados *supra* llegaríamos a una cifra más favorable de normas en vigencia, como se demuestra a seguir.

Derecho del MERCOSUR (1991-2004) 2



Derecho del MERCOSUR (1991-2004) 3

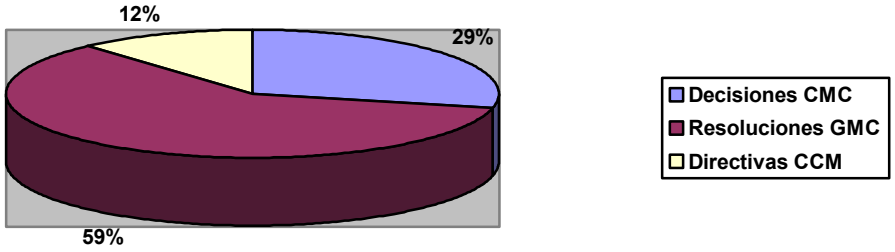


Sin embargo, del punto de vista jurídico, sería cuestionable la verificación de la *vigencia* de una norma *interna corporis*, lo que estaría más vinculado a la aplicación práctica y no a la aptitud a producir efectos (vigencia en sentido propio). Es preferible no comentar el computo de normas derogadas en la cifra de normas vigentes.

En cuanto a la repartición de las normas entre categorías normativas, son evidentemente más numerosas las Resoluciones del Grupo Mercado Común, lo que refleja la efectiva concentración del proceso decisorio en esta institución, donde desagua el trabajo de negociación de la mayoría de los 260 "órganos dependientes",[19] denominada por los tratados constitutivos como el "órgano ejecutivo" del bloque.

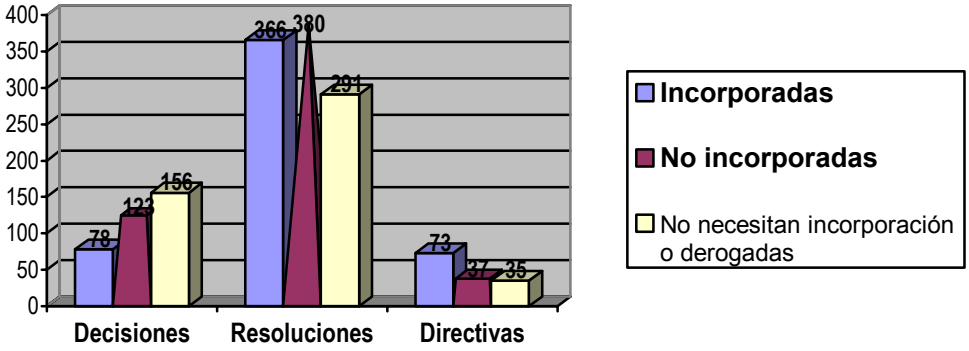
[19] Ámbitos institucionales de negociación desprovistos de poder decisorio, como las Reuniones Especializadas y de Ministros, los comités técnicos, los subgrupos de trabajo, los Foros especializados, grupos y comités *ad hoc*, etc.

Derecho del MERCOSUR (1991-2004) 4



Sin embargo, mirando los datos globales de la clasificación por la tipologia normativa, son las Decisiones las que alcanzan un menor grado de incorporación.

Derecho del MERCOSUR (1991-2004) 5



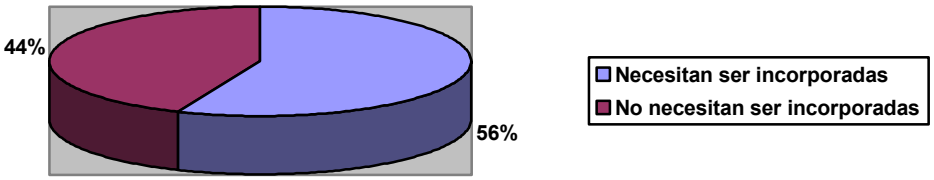
Cabe preguntarse si dicho acervo está compuesto efectivamente de normas en el sentido propio del término. Un número significativo de «normas» constituyen meras declaraciones de intenciones, listados variados, o aun objetos diversos que no permiten clasificación. Hay abundantes ejemplos de textos que, en derecho administrativo interno, serían tipificados como un acto administrativo ordinario, en particular por el uso de fórmulas por las cuales una autoridad (órgano decisorio) manifiesta una decisión final (podría igualmente ser interlocutoria) sobre una situación sometida a su apreciación. Por lo tanto, en una gran parte de las normas analizadas, no hay mandato general y abstracto, como tampoco producción de efectos en el plano jurídico. Sería altamente recomendable que se produjese una tipología de actos administrativos ordinarios en el ámbito del bloque, evitando así hacer de una simple decisión una norma.

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 de la regla (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 este sentido, la adopción de una terminología normativa clara y precisa, para orientar a los órganos del MERCOSUR dotados de poder propositito, sería altamente deseable.

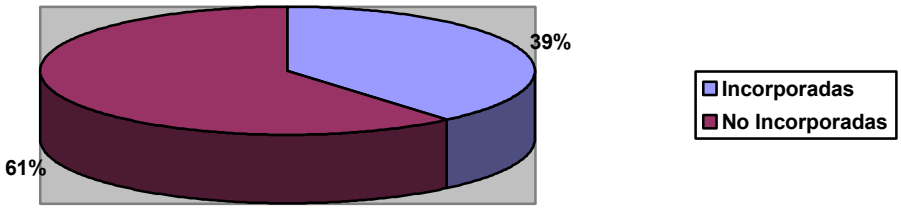
En cuanto a las Decisiones del Consejo Mercado Común, institución superior del bloque, encargada de su conducción política, tratase del órgano que produce el número más significativo de normas dispensadas de incorporación.

Decisiones del CMC 1



El Consejo es igualmente es el órgano que tiene mayor dificultad de hacer incorporar las normas que necesitan transposición.

Decisiones del CMC 2



La mayor parte de las reglas no incorporadas proviene de las Reuniones de Ministros y de las Reuniones Especializadas, en particular de las áreas de justicia e interior. El déficit de incorporación de las normas del Consejo, se debe, entre outras causas, a problemas más bien administrativos y burocráticos, vinculadas a la ausencia de coordinación inter-ministerial en el seno de los gobiernos, que no crearan un órgano centralizado de control de los temas de integración en los distintos portafolios de gobierno. Las Cancillerías siguen concentrando, con sus modestas estructuras y bajo su lógica eminentemente política, el trabajo de coordinación de la ejecución de los compromisos asumidos en el ámbito del MERCOSUR. No es incomun que un sector de un Ministerio no este siquiera al tanto de que le cabería incorporar una cierta norma; y que los distintos sectores o portafolios no esten de acuerdo sobre el contenido de una norma, o mismo sobre quien debería incorporarla o por medio de que acto.

Hay desafortunadamente otras causas más profundas, vinculadas al déficit de armonización de legislaciones. Una parte importante de estas normas no armoniza, sino establece ya mecanismos de cooperación o consulta, que dependem de una previa armonización de normas o de la adopción previa un conjunto de iniciativas prácticas para ser implementados. Cuando se trata del sistema de seguridad pública y del Poder Judicial, la producción de cambios estructurales no es sencilla, y dependeria de un grado de integración política más profundo. Por otro lado, el trabajo de armonización de legislaciones, de largo plazo y que implica un involucramiento intenso por parte de los Parlamentos nacionales, camina a pasos lentos en el MERCOSUR.

Con referencia a las normas que emanan de la reunión de Ministros de Interior, quedan pendientes de incorporación, por ejemplo, normas relativas a armas de fuego (sobre registro común, la Decisión CMC nº 7/98, y sobre intercambio de informaciones, la Decisión CMC 15/04); al transito vecinal fronterizo (Decisiones CMC nº 18-19/99 y 14-15/00); al sistema de control de la seguridad en la frontera, SISME (Decisiones CMC nº 20/99 a 26/99, y 18-19/00); al tráfico de menores (Decisiones CMC nº 6-7/00); al combate a delitos económicos y financieros (Decisiones CMC nº 8-9/00), a los ilícitos ambientales (Decisiones CMC nº 10-11/00), al tráfico ilícito de material radioactivo (Decisiones CMC nº 12-13/00); a la exención de traducción para documentos administrativos de inmigración (Decisiones CMC nº 44-45/00); a la creación de canales

privilegiados de entrada en aeropuertos (Decisiones CMC nº 46-47/00) y a la exención de visas (Decisiones CMC nº 48-49/00).

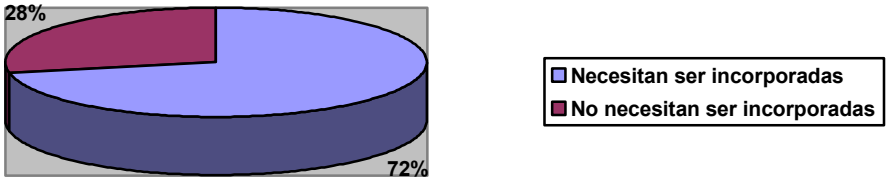
Aunque el cuadro de cooperación interjurisdiccional haya avanzado mucho en el ámbito del MERCOSUR, desde 1996, un número expresivo de normas provenientes de la Reunión de Ministros de Justicia queda pendiente de incorporación, como los acuerdos sobre jurisdicción en materia de relaciones de consumo (Protocolo de Santa Maria, Decisiones CMC nº 5-6/97 y 10/96), arbitraje comercial (Decisión CMC nº 3/98), extradición (Decisión CMC nº 15/98), restitución de vehículos (Decisión CMC nº 16/99), asistencia jurídica gratuita (Decisiones CMC nº 49-50/00), jurisdicción en materia de transporte internacional de cargas (Decisión CMC nº 11-12/02).

Las normas que provienen de las Reuniones de Ministros traen dos problemas adicionales en materia de incorporación. El primero es que cada "acuerdo" tiene su propria cláusula de vigencia, del mismo modo que el derecho internacional público ordinario. Hay acuerdos que entran en vigencia exclusivamente para los depositarios cuando del depósito de la segunda o de la tercera ratificación. De modo que casi todas las normas consideradas no vigentes para MERCOSUR, ya son consideradas oficialmente vigentes en dos o tres Estados Partes. El segundo problema es que los Estados Asociados, en particular Chile y Bolivia, participan activamente de estas instancias, pero no hay control de incorporación en relación a ellos. Además, cada contenido normativo merece dos formas: un acuerdo intra-MERCOSUR y un acuerdo *MERCOSUR + Asociados*. Puede ocurrir, entonces, como es el caso del Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales (Decisión CMC nº 12/01), que una norma MERCOSUR este vigente, pero no este en vigencia el mismo texto que corresponde a MERCOSUR, Bolivia y Chile.

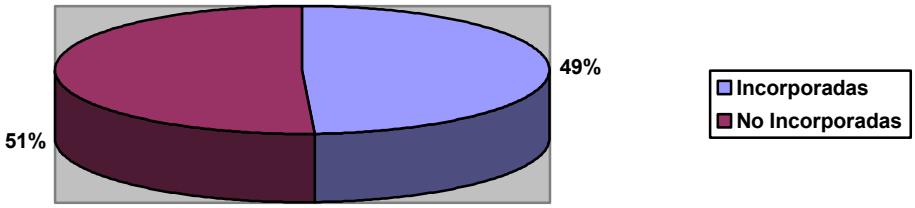
Por supuesto, la no incorporación no es privilegio de las normas oriundas de las Reuniones de Ministros, ni de los temas judiciales y de seguridad. Quedan pendientes de incorporación, entre otras, normas relativas a materias importantes como la defensa de la competencia (Decisiones CMC nº 3/98, 18/96, 02/97, 64/00, 04/04) dumping (Decisión CMC nº 11/97), salvaguardias países no miembros (Decisiones CMC nº 19/98 y 07/04), subvenciones (Decisión CMC nº 29/00), defensa comercial intra-zona (Decisión CMC nº 22/02); propriedad intelectual (Decisión CMC nº 8/95); comercio de servicios (Decisiones CMC nº 13/97, 9/98, 12/98, 56/00, 10/01, 23/03); política automotriz (Decisiones CMC nº 70/00 y 04/01); contrataciones públicas (Decisión CMC nº 40/03); seguridad social (Decisión CMC nº 19/97); integración eléctrica (Decisión CMC nº 10/98); diseños industriales (Decisión CMC nº 16/98); educación (Decisión CMC nº 5/99); empresas seguradoras (Decisiones CMC nº 8- 9/99), integración gasífera (Decisión CMC nº 10/99); creación del Visa MERCOSUR (Decisión CMC nº 16/03); mecanismos de urgencia en el sistema de solución de controversias de Olivos (Decisión CMC nº 23/04). Hay igualmente normas no incorporadas sobre temas aparentemente menos controversos, como los símbolos del MERCOSUR (Decisión CMC nº 17/02).

Es en el caso de las Resoluciones del GMC, son menos numerosas las normas de eficacia *interna corporis*, habiendo, por otro lado, casi un equilibrio entre las normas incorporadas y las pendientes de incorporación.

Resoluciones del GMC 1



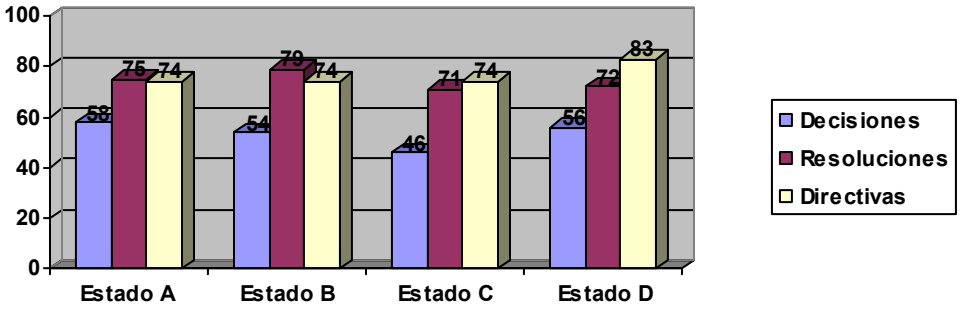
Resoluciones del GMC 2



Es imposible, en el ámbito de este artículo, evaluar con precisión las razones de no incorporación de 380 normas, que en su gran mayoría son normas técnicas *stricto sensu*. Lo que llama la atención en el caso de las Resoluciones del GMC es la gran distancia entre el porcentaje global de incorporación (49%) y la media de incorporación individual de los Estados (entre 71 y 79%).[20]

[20] En el caso del Consejo, esta misma comparación quedaría destorcida porque gran parte de las normas son "acuerdos" provenientes de Reuniones de Ministros que tienen cláusulas propias de vigencia, normalmente más favorables que el sistema del MERCOSUR, pero casi invariablemente dependientes de aprobación *a posteriori* por los Parlamentos nacionales. En el caso de las Resoluciones del GMC, la casi totalidad de las normas depende exclusivamente de incorporación por los Poderes Ejecutivos.

Porcentaje de incorporación por Estado Parte

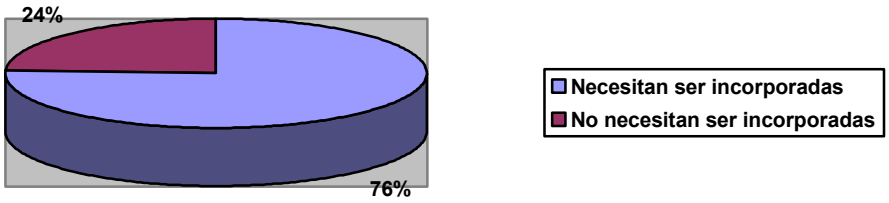


En otras palabras, no es sencillo identificar las razones por las cuales hay escasas normas que no estén incorporadas en por lo menos uno de los Estados, y una gran mayoría que es fácilmente incorporable en 2 o 3 Estados y difícilmente incorporada por el tercer o cuarto miembro. Es cierto que en este punto se repite el tema de la distribución intra-gobiernos de la atribución de incorporar. Pero también es cierto que hay condicionantes internos, a determinar la actitud de cada gobierno relativamente a ciertas normas sobre materias sensibles, que solamente podrían ser estudiados caso a caso, en un abordaje antes sociológico que jurídico.

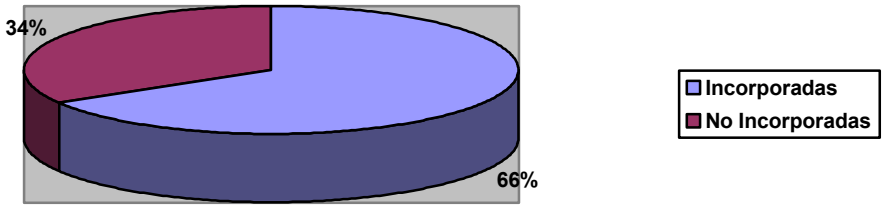
En cuanto a cuales países tienen mayor dificultad de incorporar las normas del bloque, el gráfico *supra* revela igualmente que cuando analizados individualmente los Estados se encuentran en niveles semejantes de normas incorporadas, con índices que se mejora paulatinamente y no pueden ser considerados gravemente asimétricos. Luego, no hay tanta asimetría "cuantitativa", sino más bien una asimetría "cualitativa". Todos incorporan en semejante medida, pero normas distintas. Considerando lo que se explicó en la Primera Parte, en particular que la vigencia simultánea prevista por el POP es una ficción jurídica, y por lo tanto un ato normativo del Poder Ejecutivo tiene eficacia pronta y plena cuando publicado, lo que termina por dibujarse es un verdadero mosaico cubista de vigencia de normas. Por otro lado, es importante destacar que **Brasil y Uruguay son los países que poseen los índices ligeramente más favorables de incorporación, lo que desmiente una posible automaticidad entre la asimetría económica y la dificultad de incorporación de normas**.

Queda tratar de la labor de la Comisión de Comercio, que es el órgano de MERCOSUR encargado de manejar la política comercial del bloque, además de algunas atribuciones en materia de solución de controversias, y es considerada su institución más eficiente. Sus estadísticas de incorporación no lo desmienten.

Directivas de la CCM 1



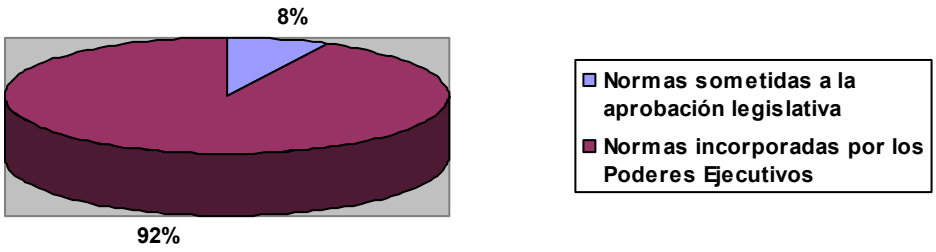
Directivas de la CCM 2



Las Directivas no incorporadas son, en su mayor parte, dictámenes de clasificación arancelaria y reglamentos relativos a áreas de control integrado de fronteras.

Entre los Estados Partes del MERCOSUR, no hay ninguna duda sobre el hecho de que la aplicabilidad inmediata (en otras palabras, la dispensa de transposición a los ordenamientos internos) para las normas que no necesitan aprobación legislativa es la única solución capaz de evitar la formación del mosaico cubista de la vigencia. Una norma que no necesita de mecanismos intermediarios para vigencia puede ser directamente invocada en justicia por cualquier ciudadano o empresa. Dicho beneficio abarcaría la gran mayoría de las normas del bloque, como se pude ver abajo.

Normas sometidas a la aprobación legislativa



La futura implantación del Parlamento del MERCOSUR, que debe ocurrir en 2006, prevista por la Decisión CMC nº 49/04, terminaría por solucionar igualmente el problema de incorporación de las normas que necesitan aprobación legislativa, gracias a la armonización de legislaciones y de la aceleración de los trámites legislativos nacionales de incorporación de normas.

La incorporación de normas permite a un individuo o a un operador económico invocar el derecho del MERCOSUR en su propria jurisdicción. El problema de la incorporación está vinculado, entonces, a la ciudadanía pero igualmente a la seguridad jurídica como elemento económico de importancia mayor. Al déficit de incorporación se asocian los límites del sistema de solución de controversias adoptado por el bloco. Es cierto que las decisiones arbitrales contribuyeron innegablemente a la evolución institucional del MERCOSUR, pues ellas reconocieron la existencia de un derecho del bloque, impusieron límites a la flexibilidad de la liberación comercial y osaron prever sanciones contra los socios más poderosos del MERCOSUR. Pero sus laudos resultan de un sistema difícilmente accesible a los particulares. Cuando eventualmente un Estado endosa la demanda de un particular, hay que reconocer que se trata, además, de un bricolaje mitad diplomático, mitad jurídico, donde solo pueden moverse con relativa facilidad los gobiernos. La perspectiva de la incorporación de las normas sigue siendo entonces marcadamente nacional.