



**CONCERTACIÓN DE INTERESES, EFECTIVIDAD
DE LAS REGLAS DE JUEGO Y CALIDAD
INSTITUCIONAL EN EL MERCOSUR**

Félix Peña

2003

**PROGRAMA DE APOYO Y ASESORÍA AL FORO CONSULTIVO
ECONÓMICO Y SOCIAL DEL MERCOSUR
Red de Investigaciones Económicas del Mercosur
Programa Estado de Derecho para Sudamérica/Fundación
Konrad Adenauer**



Este documento fue elaborado en el contexto del **Programa de Apoyo y Asesoría Técnica de la Red Mercosur al Foro Consultivo Económico y Social del MERCOSUR/FCES**, patrocinado por el **Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS-Alemania)**.

Se trata de uno de los 5 documentos de trabajo (*) elaborados por expertos de la Red de Investigaciones Económicas del MERCOSUR (Red Mercosur) sobre temas que fueran identificados como de interés prioritario por el FCES a partir de reuniones e intercambios mantenidos a lo largo de año pasado.

Estos documentos fueron presentados y debatidos durante un Encuentro FCES/Red Mercosur que tuvo lugar en Montevideo en octubre de 2003, con el patrocinio de la KAS.

Todos los involucrados esperamos que de esta iniciativa puedan surgir productos y aportes que fortalezcan la incidencia de la sociedad civil organizada en el proceso de construcción del MERCOSUR.

Una sociedad civil vigorosa y participativa ciertamente contribuye a la gobernabilidad democrática y al fortalecimiento del Estado de Derecho en la región.

Fernando González Guyer
Coordinador General
Red Mercosur

Jan Woischnik
Director
Programa Estado de Derecho
para Sudamérica

(*) Documentos de trabajo:

1) **"Integración de Cadenas Productivas y Foros de Competitividad en el Mercosur"/Propuesta de Investigación**, Mariano Laplane (UNICAMP-Brasil) y Andrés López (CENIT-Argentina).

2) **"Servicios de Distribución en los Países del Mercosur"/Propuesta de Investigación**, Julio Berlinski (ITDT-Argentina).

3) **"La Reforma del Arancel Externo Común del Mercosur"/Propuesta de Investigación**, Honorio Kume y Guida Piani (IPEA-Brasil).

4) **"El Mercosur y la creación del Área de Libre Comercio de las Américas"**, Marcel Vaillant (DE-FCS/UdelaR-Uruguay) y Fernando Lorenzo (CINVE-Uruguay). Este documento presenta una versión accesible a un público no especializado de los resultados de un proyecto de investigación financiado por la Tinker Foundation (NY) en el período 2002-2003. Los trabajos completos sólo se encuentran disponibles en inglés.

5) **"Concertación de Intereses, Efectividad de las Reglas de Juego y Calidad Institucional en el Mercosur"**, Félix Peña (Grupo Asesor Red Mercosur - Argentina).

Fueron de gran provecho para la elaboración de este documento las discusiones y conclusiones del Seminario **"Las normas de derecho originario y derivado del Mercosur, su incorporación a los ordenamientos jurídicos de los estados partes"** que tuvo lugar en la Secretaría Administrativa del Mercosur (Montevideo), los días 26 y 27 de septiembre de 2002 patrocinado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

A modo de introducción: la cuestión de la efectividad de las reglas y su importancia para la eficacia económica y política del Mercosur.

Sin duda, varias son las cuestiones importantes que hay que abordar para un diagnóstico realista de los problemas que plantea la construcción del Mercosur. Mucho se ha escrito recientemente al respecto ¹.

En mi opinión, la de la efectividad de sus reglas de juego es una de las más relevantes en una perspectiva política y económica. Quizás sea, incluso, una precondition para poder abordar con éxito, la solución de otras cuestiones significativas presentes en la agenda del Mercosur, en particular las de la transformación productiva conjunta; las asimetrías sectoriales; la coordinación macro-económica y, en

¹ Ver en particular los artículos incluidos en, HUGUENEY FILHO Clodoaldo y CARDIM Carlos Henrique, organizadores, Grupo de Reflexão Prospectiva sobre o Mercosul, Ministerio das Relações Exteriores-BID-IPRI-FUNAG, Brasília, 2002 y en CHUDNODSKY Daniel y FANELLI José María, coordinadores, El Desafío de

particular, la de la credibilidad ante ciudadanos, empresas, inversores y terceros países.

Ello es así, al menos por dos motivos principales.

El primero es la naturaleza del fenómeno de relaciones internacionales al que pertenece el Mercosur. Al ser un proceso voluntario de integración entre naciones soberanas que no pretenden dejar de serlo, el predominio de reglas de juego de calidad, libremente consentidas en la relación entre asociados de desigual poder relativo, constituye una cierta garantía de la preservación de la reciprocidad de intereses nacionales que es lo que permite sustentar el vínculo asociativo a través del tiempo. Es en todo caso, la alternativa al predominio excesivo o exclusivo de razones de poder, propio de procesos de integración hegemónica.

Integrarse para Crecer: Balance y Perspectivas del Mercosur en su primera década, Siglo XXI, BID y Red Mercosur, BsAs, 2001.

El segundo motivo es la constatación que en su desarrollo a través de doce años, se han acumulado reglas que no se cumplen e incluso que no han completado su ciclo de perfeccionamiento jurídico. Este hecho es significativo precisamente por la naturaleza del fenómeno de que se trata. Los socios se han comprometido libremente a trabajar juntos en base a reglas comunes, que se supone deben ser cumplidas.

Debido a las asimetrías de dimensión económica y de poder relativo que se observan entre los socios –y que en algunos casos son muy pronunciadas-, la efectividad de las reglas tiene directa relación con la eficacia del proceso de integración, en particular, en cuanto a su capacidad de facilitar la atracción de inversiones hacia todos los socios en función del mercado ampliado.

Aperturas precarias de mercados –es decir, no protegidas jurisdiccionalmente contra la natural propensión a recurrir a

prácticas unilaterales discriminatorias y contrarias a lo pactado- entre naciones contiguas y de distinta dimensión económica, pueden ser un incentivo a la concentración de inversiones productivas en él o los de mayor tamaño relativo, a fin de operar desde allí en el resto del espacio económico contiguo. La percepción de este problema, se observa en las motivaciones que condujeron a Canadá primero y luego a México, a proponer acuerdos de libre comercio con los Estados Unidos. Es lo que Fred Bergsten denominara con acierto, la adquisición de un “seguro contra el proteccionismo” de la economía mayor.

En tal sentido, parece recomendable abordar en profundidad la cuestión de los costos económicos del pronunciado déficit de efectividad de las reglas de juego del Mercosur. Tales costos pueden ser medidos precisamente –entre otros factores- por el efecto desvío de inversiones que puede originarse como consecuencia de la percepción por parte de las empresas, de un grado elevado de precariedad en las

condiciones efectivas de acceso a los mercados ampliados por un pacto de libre comercio o de integración económica, especialmente en el caso de naciones contiguas y con pronunciadas asimetrías económicas.

Un error serio, entonces, sería atribuir a la cuestión de la efectividad sólo una dimensión jurídica y, eventualmente, política. Es por el contrario, en mi opinión, una de las cuestiones más de fondo que tienen que abordar los países miembros del Mercosur, si es que se quiere generar la imagen de que existe real voluntad política –que trascienda el plano retórico- por parte de los socios de cumplir con lo pactado. Tal voluntad política es más necesaria aún en el caso de los países de mayor dimensión y poder relativo. Lo peor sería una situación en la que ciudadanos, inversores y terceros países, pudieran convencerse de que en la realidad existe una especie de cultura de cumplir con lo pactado “sólo en la medida de lo posible”. Las reglas son percibidas, en tal caso, como indicativas y no necesariamente como exigibles ante

instancias jurisdiccionales imparciales. Esa fue la tradición de la ALALC, en gran medida transmitida luego a la ALADI.

A fin de poder luego extraer algunas conclusiones y formular recomendaciones precisaremos, primero, qué podemos entender por la cuestión de la efectividad en el derecho de las organizaciones internacionales en general y en el derecho del Mercosur en particular. Luego, abordaremos el análisis de los dos motivos que tornan relevante la cuestión en el caso del Mercosur.

1. El principio de efectividad en el derecho de las organizaciones internacionales y en el del Mercosur.

La efectividad de una regla jurídica en las relaciones internacionales, es la resultante de la capacidad que manifieste para penetrar la realidad ². Esto es, del hecho que

² Sobre este tema ver, entre otros, DE VISSCHER Charles, Les Effectivités du Droit International Public, Paris, Editions Pedone, 1967 ; TOUSCOZ Jean, Le Principe D'Effectivités Dans L'Ordre International, Paris, LGDJ, 1964.

ella sea tenida en cuenta y respetada por los protagonistas de la vida internacional –los sujetos de derecho destinatarios de su contenido- en sus comportamientos y en sus relaciones recíprocas. Supone por cierto, la validez formal de la norma en cuanto a que se hubieren cumplido los requisitos necesarios a fin de reconocerla como tal.

Una norma, sin embargo, puede tener vigencia formal como compromiso entre las naciones que integran una asociación internacional, pero no haber cumplido el ciclo de su incorporación al derecho interno de cada país –por los medios previstos por la propia norma o que resulten del lugar que ocupará en la respectiva jerarquía normativa-. Es decir, puede tener vigencia, por ejemplo en el Mercosur, pero no tenerla en relación a los sujetos de derecho interno de cada uno de los países que lo integran.

Incluso el ciclo del perfeccionamiento de su validez interna puede haberse cumplido en algunos de los países que la

originaron, pero no en todos. En tal caso no tendría vigencia, si es que la propia norma hubiera previsto que sólo la tendrá cuando todos la hubieran incorporado a su derecho interno. O, lo que es peor aún, al menos en el caso del Mercosur, podría tener vigencia y validez sólo en algunos de los socios pero no en todos, generando entonces una potencial contradicción con lo dispuesto por el artículo 2º del Tratado de Asunción, sobre la reciprocidad en los derechos y obligaciones entre los Estados partes, como fundamento del mercado común.

Pero aún puede ocurrir que una norma esté en plena vigencia internacional e interna en los países miembros -por ejemplo en el caso del Mercosur, cuando ella sea parte del propio Tratado de Asunción- y, sin embargo, no ser aplicable. Un ejemplo reciente, sería el del artículo 1º del Anexo I que desarrolla el compromiso asumido en el artículo 5º, literal a, del propio Tratado. Sería posible sostener que no ha sido efectivamente aplicado en el caso de los derechos de exportación que estableció la Argentina en enero de 2002 y

que aún se aplican a sus exportaciones a los países miembros del Mercosur. El citado artículo está plenamente vigente y tiene validez en el ordenamiento jurídico interno de la Argentina, pero no es aplicado con respecto a los derechos de las exportaciones destinadas al Mercosur. Es decir que estaría, al menos transitoriamente, afectado en su efectividad. Probablemente por razones económicas y políticas, sería éste un caso de una situación consentida por los demás socios del Mercosur.

De que una regla penetre en la realidad –principio de efectividad- depende, en gran medida, que se obtengan los resultados perseguidos por quienes la aprobaron. Esto es que la norma sea eficaz en relación a los objetivos aparentemente procurados en el momento de su creación. La lógica indica que reglas que no son efectivas, tampoco pueden ser eficaces.

La cuestión de la eficacia de una norma concreta, puede terminar afectando también la eficacia general del proceso, si es que se produce un encadenamiento de incumplimientos que terminen por alterar el balance de intereses que está detrás de toda regla común y, más aún, del conjunto de reglas adoptadas por los socios.

Al respecto debe tenerse presente que, en la realidad, muchas reglas son producto del balance de intereses que se logra en un momento determinado y que se expresa en un conjunto de decisiones aprobadas, simultáneamente, con concesiones recíprocas entrelazadas entre sí (“package deal”). Ejemplos en tal sentido, son los conjuntos de decisiones adoptadas en Ouro Preto, con respecto al arancel externo común y al régimen automotor, y en Ouro Preto y luego en Fortaleza, con respecto al trípode defensa comercial-defensa de la competencia-incentivos a las inversiones ³. En la erosión gradual de los “trade-off” logrados en tales oportunidades,

puede encontrarse la raíz de muchos de los problemas que han afectado luego al Mercosur, así como la percepción creciente de un deterioro significativo del cuadro de ganancias mutuas que explicaban el vínculo asociativo en el momento fundacional.

Reglas que no son efectivas, sin embargo, pueden eventualmente no afectar la eficacia del proceso de integración, si ellas hubieren sido aprobadas no por responder a una demanda normativa real, pero como resultado de la necesidad política de cumplir con las expectativas de éxito de una reunión ministerial o presidencial. Se trataría de lo que he denominado en el pasado como “cinismo legislativo”, esto es la tendencia a aprobar reglas sabiéndose de antemano que ellas no penetrarían la realidad. Suelen ser el resultado de una suerte de diplomacia de “efectos especiales” o “mediática”. O puede tratarse de normas que superan en sus enunciados lo que los países realmente pueden cumplir. Sería entonces el

³ PEÑA Félix, “Defensa de la competencia económica en el Mercosur”, en Revista

caso de “utopismo legislativo”. En un caso y en otro, este tipo de normas tienen ab-initio un vicio de efectividad y su existencia suele poner en evidencia serias fallas en el proceso de creación normativa. Este tipo de situaciones han abundado en la historia de la integración económica de América Latina, contribuyendo significativamente a generar problemas de credibilidad en torno a lo que se identifica como una tendencia recurrente a la “integración-ficción”.

La cuestión de la efectividad y eficacia de las reglas pactadas, adquiere una particular relevancia cuando un proceso de integración, como es el caso del Mercosur, está orientado a estimular inversiones y la transformación productiva de cada uno de los socios y del conjunto. Tales objetivos requieren un razonable grado de previsibilidad en cuanto a las reglas de juego que incidirán, en particular, en el acceso irrestricto a los respectivos mercados de bienes y, eventualmente, de servicios y de compras gubernamentales. Si las reglas no son

La Ley, BsAs, lunes 14 de mayo de 2001.

efectivas, es decir, no penetran en la realidad, el proceso pierde credibilidad ante los inversores, quienes no confiarán en que podrán acceder, por ejemplo en el caso del Mercosur, a los doscientos millones de consumidores que se les prometiera al firmarse el Tratado de Asunción. Si ello fuera así, los mayores perjuicios serían para los países de menor dimensión relativa, por ejemplo el Paraguay y el Uruguay, ya que no podrían atraer inversiones productivas en función del mercado ampliado, a pesar que, eventualmente, las demás condiciones que hacen al clima de inversiones fueran favorables. En tal caso no se lograrían los resultados esperados por la participación del respectivo país en el proceso de integración, con las consiguientes pérdidas de eficacia y eventualmente, de legitimidad social.

A su vez, efectividad y eficacia condicionan tanto la credibilidad como la legitimidad social de las reglas. Esto es, credibilidad entendida como la posibilidad que los actores sociales a quienes las normas están destinadas, puedan

percibir las como un factor relevante en la orientación de las decisiones que inciden en sus comportamientos concretos. Es precisamente el caso de empresas e inversores. Y legitimidad social, entendida como el reconocimiento por parte de la sociedad y, en particular, por los actores sociales más afectados por ellas, de que son reglas comunes a todos los socios que deben ser respetadas por mutua conveniencia.

La cuestión de la credibilidad y de la legitimidad social se acrecienta en su importancia política y económica relativa, cuanto mayor sea el espectro de reglas de juego que orientan un proceso voluntario de integración económica, que están afectadas por el "virus" de la falta de efectividad y de eficacia. Si el espectro es muy amplio, es más factible que esté reflejando una deficiencia seria en la voluntad de los socios de cumplir lo pactado. Ciudadanos, empresas, inversores y terceros países, suelen detectarlo de inmediato, sobre todo si hay memoria colectiva de pasadas tendencias a la "integración-ficción". Incluso es posible que además esté

poniendo de manifiesto desequilibrios profundos en la reciprocidad de intereses nacionales que sustenta el vínculo social entre los países que han decidido trabajar juntos. Como se dijo un poco más arriba, éste podría ser el caso actual del Mercosur.

Cuando se arraiga en relación a un proceso de integración la cuestión de la credibilidad –resultante de la acumulación de reglas inefectivas e ineficaces-, es muy probable que ciudadanos, empresas, inversores y terceros países, tiendan a dudar de que el cuadro de situación pudiera alterarse por el sólo hecho de asumirse nuevos compromisos. En tal caso, el riesgo de que ellos no sean creíbles será muy alto.

Es uno de los problemas que podrían plantearse en el Mercosur si se pretendiera avanzar en el campo, por ejemplo, de la coordinación macroeconómica, sin antes haberse atacado en sus raíces –políticas y no sólo jurídicas- la cuestión de la efectividad de las reglas ya pactadas. O si se intentara

convencer a los mercados, que en lugar de una unión aduanera se construirá ahora una zona de libre comercio. ¿Por qué creer en nuevos compromisos asumidos por quienes no demostraron voluntad o capacidad de cumplir con los asumidos con anterioridad?

2. El Mercosur como proceso de integración consensual entre naciones soberanas.

Veamos ahora el primer motivo por el cual la cuestión de la efectividad de las reglas de juego es relevante en el caso del Mercosur. Nos referimos a la naturaleza del fenómeno de relaciones internacionales al que pertenece, al igual que la Unión Europea, el NAFTA y la Comunidad Andina, entre otros.

Se trata de un fenómeno reciente en la historia de las relaciones internacionales. Se sabe que la lógica de la fragmentación ha tendido a predominar, través de los

tiempos, sobre la de la integración, especialmente en las relaciones entre naciones contiguas.

Es el fenómeno de la asociación voluntaria y con vocación de permanencia, entre dos o más naciones soberanas que no pretenden dejar de serlo. La asociación se entabla en función de objetivos comunes, por naciones que se reconocen como similares en cuanto a sus valores políticos, económicos y sociales, y en cuanto a su percepción sobre la proyección de sus intereses nacionales en el mundo (“like-minded countries”).

Se contrapone a otro tipo de fenómenos que se observa en la historia de las relaciones internacionales, como es el de la integración hegemónica –por ejemplo, el caso del Comecom y también el de la formación del Estado alemán-, o el de la integración voluntaria conducente a la formación de un nuevo Estado soberano (por ejemplo, el caso de la formación de los Estados Unidos de América).

En todos los casos antes mencionados, los países que se asocian persiguen como objetivo prioritario –al menos a través de determinados plazos- la integración de sus respectivas economías, utilizando para ello diferentes técnicas y modalidades.

Este fenómeno tiene siempre una dimensión política, ya que involucra explícita o implícitamente relaciones de poder entre los socios y con respecto a terceros.

Además puede tener o aspirar a tener, como es el caso de la Unión Europea, un contenido político explícito, por ejemplo por la creación de instituciones como es hoy el Parlamento Europeo, o por el intento de avanzar en el desarrollo de políticas y de acciones conjuntas, por ejemplo, en el plano de las relaciones exteriores o de la política de defensa.

El vínculo asociativo se sustenta en la reciprocidad de intereses nacionales entre los países que se asocian. Cada uno

entra a la asociación en ejercicio de su voluntad soberana. Nadie obliga a un país a asociarse. Debe entenderse que lo hace por considerar que es conveniente a sus intereses nacionales. En la institucionalización de una región, es a partir de lo nacional que se llega al plano supranacional.

La vocación de permanencia es un rasgo distintivo fundamental del fenómeno asociativo. Es lo que permite obtener la eficacia de un proceso de integración, concebido – como es el caso del Mercosur- como plataforma para competir, especialmente en la atracción de inversiones productivas y para negociar con terceros países. Sólo en la medida que perciban que el proceso tiene vocación a la permanencia y que tal vocación tenga suficiente sustento político y económico, empresas, inversores y terceros países operarán conforme a las expectativas de los socios.

Es la percepción dinámica de un cuadro de afinidades básicas y de ganancias mutuas –reciprocidad de intereses nacionales-,

lo que permite mantener a través del tiempo el vínculo asociativo. Un país que entiende que no le conviene entrar no lo hace aún cuando pudiera, o incluso se retira cuando así lo entiende ventajoso para su interés nacional. Fue por mucho tiempo el caso de Gran Bretaña en la vieja Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y luego en la etapa inicial de la Comunidad Económica Europea. Fue el caso de Chile cuando decidió retirarse del entonces Grupo Andino, o cuando no aceptó la invitación a ser miembro pleno del Mercosur, sea en el momento fundacional en 1990, o luego en 2001.

En el marco de un compromiso jurídico internacional más amplio, como es el del GATT-1984, hoy parte de la Organización Mundial del Comercio, las dos modalidades reconocidas para la integración de los mercados, son las de la zona de libre comercio y la de la unión aduanera. En la práctica internacional contemporánea, tales modalidades reconocen distintas variantes que incluso combinan elementos

propios de un mercado común o de una unión económica. Es el caso, por ejemplo, del NAFTA.

Pero en todo los casos se observa la presencia de tres elementos: a) acceso irrestricto a los respectivos mercados, para todos o para una parte sustancial de los bienes incluidos en el universo arancelario y, eventualmente, de los servicios, objetivo que se puede perfeccionar a través de un tiempo que se reconoce no debe ser superior a los diez años; b) discriminación en el tratamiento de bienes y servicios provenientes de terceros países –que eventualmente puede extenderse a otros planos, como el de las inversiones, las compras gubernamentales, e incluso el derecho de establecimiento y la circulación de personas y de trabajadores-, lograda prioritariamente pero no en forma exclusiva, en el caso de la modalidad de unión aduanera por un arancel externo común y en el de una zona de libre comercio, por reglas de origen específicas, y c) disciplinas

colectivas –de-jure o de-facto- especialmente en materia de políticas comerciales externas, macroeconómicas y sectoriales.

El pacto social que da origen al proceso, normalmente entre naciones contiguas, se refleja en un instrumento jurídico internacional multilateral –en el caso del Mercosur, el Tratado de Asunción- del cual derivan normas jurídicas que generan derechos y obligaciones para los Estados partes. Se las considera como normas jurídicas propias de la asociación de Estados. Tienen un carácter común a todos los socios.

En algunos casos –como es el de la Unión Europea- las normas comunes derivadas del pacto constitutivo, pueden tener un efecto directo en los sujetos de derecho interno de cada ordenamiento jurídico nacional. Es un rasgo propio del derecho comunitario europeo (la expresión deriva de la idea de Comunidad –la CECA y luego la CEE- y de la noción de “puesta en común de mercados y recursos” del planteamiento fundacional de Jean Monnet, que diera lugar al requerimiento

también fundacional de “instituciones y reglas comunes”). En mi opinión, con falta de precisión técnica –al menos desde el punto de vista jurídico- se las ha denominado también como “supranacionales”, denominación que da lugar a mucha confusión sobre la naturaleza del proceso de integración europea y de sus instituciones. Es una expresión más confusa aún, cuando se la aplica al derecho del Mercosur.

En otros casos –como es el del Mercosur, por lo dispuesto en el Protocolo de Ouro Preto-, las normas comunes deben ser incorporadas explícitamente a cada ordenamiento jurídico nacional a fin de que tengan validez jurídica interna.

Al menos en el caso particular de la Argentina, sin embargo, por disposición de la Constitución Nacional, tal como fuera reformada en 1994, tanto el Tratado como los instrumentos jurídicos complementarios –los Protocolos, como el de Ouro Preto o los de Olivos, Colonia, Montevideo y Fortaleza, si fueran ratificados-, tienen una jerarquía superior a las leyes,

una vez incorporados al ordenamiento jurídico interno, tras la debida aprobación parlamentaria y la ratificación correspondiente –y una vez que se perfecciona su vigencia jurídica, conforme a lo previsto en cada uno de los instrumentos respectivos-. Es decir, no pueden ser modificados por una ley posterior. Sólo podrían ser modificados, entonces, por una revisión o derogación del respectivo instrumento jurídico internacional multilateral aprobado en el ámbito del Mercosur.

Otra característica de este tipo de fenómeno, es la de que contiene además de reglas comunes, mecanismos institucionales que tienen como objetivo permitir el impulso del desarrollo del proceso de integración a través del tiempo; la formulación de decisiones que se exteriorizan en reglas comunes, y el facilitar la administración y solución de conflictos conceptuales, programáticos o de intereses entre los asociados. En el establecimiento y posterior desarrollo de los mecanismos institucionales, los socios no están obligados

por normas jurídicas internacionales que determinan cómo ellos deben ser. Rige el principio de libertad de organización característico del derecho de las organizaciones internacionales⁴.

La gama de alternativas en cuanto a los mecanismos institucionales que pueden utilizarse es amplia y variada. No hay un modelo único.

La clave es que ellos se ajusten a la demanda institucional que surge por lo menos de tres factores: a) el grado de interdependencia alcanzado entre los socios en el momento fundacional, el cual puede ser bajo –como en el caso del Mercosur y del Grupo Andino en sus respectivos orígenes- o alto -como lo era en el caso de la CECA y la CEE, o en el del NAFTA-; b) el grado de concentración del poder relativo entre los socios, que puede ser alto –como en el caso del NAFTA- o bajo (en el sentido de una mayor dispersión) –como en el

caso de la CECA y la CEE, o en el del Mercosur y en el de la Comunidad Andina-, y c) las características de los respectivos regímenes constitucionales y administrativos –como en el caso de la CECA e incluso de la CEE lo fuera, por ejemplo, la influencia del derecho administrativo francés, o en el caso del Mercosur, la gravitación del régimen presidencial-.

Cuánto mayor sea el grado de interdependencia y de dispersión del poder relativo entre los socios, mayor será la demanda de instituciones comunes fuertes, con amplia capacidad para formular decisiones y crear reglas de juego, que permitan mantener a través del tiempo una concertación dinámica de intereses nacionales y, por lo tanto, un cuadro de ganancia mutua entre los socios. En tal caso, las instituciones están orientadas a facilitar un proceso continuo de negociación en base a los respectivos intereses nacionales, en particular si de lo que se trata es de desarrollar un mercado común. De allí la importancia que adquiere en estos casos, la presencia de órganos integrados por funcionarios que no

⁴ SERENI Angelo Piero, Le Organizzazioni Internazionali, Milano, Giuffrè, 1959.

respondan a instrucciones de ningún socio en particular, a fin de asegurar una visión técnica y de conjunto, así como de preservar los intereses de los socios minoritarios, en particular los de menor poder relativo. Son instituciones orientadas a administrar interdependencia preservando la lógica de integración entre socios con fuerte dependencia recíproca, y con poder relativo equivalente en lo sustancial –al menos en un núcleo duro entre ellos-. Fue el caso de la CECA y de la CEE en sus etapas fundacionales, y sobre todo en la actual etapa de una Unión Europea en expansión.

Cuanto mayor sea la interdependencia, pero también la concentración del poder relativo en uno de los socios, más baja será la demanda por instituciones con fuerte poder de decisión. Una vez concluida la negociación original y en particular, si la modalidad elegida es la de una zona de libre comercio, poco más es lo que hay que negociar. Ha sido el caso en el momento fundacional del NAFTA y, probablemente, será esa la situación por mucho tiempo. El espacio de creación

normativa sustantiva posterior al contrato original es muy limitado. Por ello la estructura institucional es muy simple.

Por el contrario, cuanto menor sea el grado de interdependencia en el momento fundacional y exista una relativa dispersión del poder entre dos o más socios –el núcleo duro-, más baja será la demanda institucional en una primera etapa, que se caracterizará por ser una de creación de interdependencia. En este caso, el cuadro variará a medida que se intensifique la interdependencia entre los socios (medida sobre todo por flujos de comercio y de inversiones), y se entre en etapas de crecientes requerimientos de administración de interdependencia. Ello conducirá a un aumento gradual de demandas institucionales. Sobre todo si de lo que se trata es de desarrollar un proceso incremental para el establecimiento de un mercado común. El espacio de creación normativa sustantiva es entonces muy amplio, si es que se quiere preservar una concertación dinámica de intereses nacionales. Es el caso hoy del Mercosur.

Las instituciones de una asociación voluntaria de integración entre naciones soberanas, cumplen por lo menos tres funciones básicas. Las tres están vinculadas con la necesidad de preservar a través del tiempo la concertación de intereses nacionales en un cuadro de ganancia mutua, así como de traducirla en reglas de juego que penetren la realidad, es decir que efectivamente se cumplan por sus destinatarios.

La primera función es la de canalizar el impulso político del proceso de integración, en particular, cuando éste prevé un desarrollo incremental en etapas contempladas –en forma explícita o implícita- en el pacto constitutivo, como han sido los casos tanto del Tratado de Roma, como luego del Tratado de Asunción. La segunda es la de permitir la formación, adopción y ejecución de distintos tipos de decisiones, que se expresan en normas jurídicas complementarias o derivadas del pacto constitutivo. La tercera función es la de facilitar la administración de conflictos que surjan entre los socios y la de

solucionarlos cuando ellos se plantean como controversias justiciables.

Tales funciones se cumplen por órganos propios de la asociación o comunidad de naciones soberanas. Técnicamente son órganos comunes a los socios. En este plano la gama de opciones también es amplia.

Los órganos comunes pueden tener una composición intergubernamental, es decir, estar integrados por representantes de los gobiernos y que actúan en tal carácter. Normalmente se distinguen según sea el nivel de la representación gubernamental, incluyendo el político –por ejemplo, ministerial- y el técnico.

Las decisiones pueden adoptarse por consenso o por algún sistema de mayoría. Se expresan en actos jurídicos unilaterales de la persona jurídica internacional que representa la asociación, o propuestas de actos jurídicos

internacionales multilaterales, que se someten a la firma de los socios –por ejemplo, los Protocolos adicionales o complementarios del Tratado de Asunción-. Sus efectos jurídicos también pueden variar dentro de una amplia gama de opciones, y pueden ser directos o indirectos en relación al ordenamiento jurídico interno de cada socio.

También puede haber órganos integrados por funcionarios técnicos independientes de los gobiernos, pero nombrados por ellos en forma colectiva. Este tipo de órgano común, normalmente con funciones técnicas y ejecutivas, puede ser colegiado –como en el caso de la Comisión Europea- o unipersonal –como es ahora el caso de la Secretaría Técnica del Mercosur-.

A su vez la función de solucionar conflictos justiciables, puede estar a cargo de una jurisdicción arbitral –permanente o ad-hoc- o de una jurisdicción judicial.

La concertación de intereses nacionales y su expresión en decisiones con distintos tipos de efectos vinculantes, reconoce tres fases.

La primera –a veces la menos estudiada- es la que se puede denominar como ascendente. Es la fase en la cual cada país forma su propia decisión interna con respecto a lo que desea o necesita obtener como decisión colectiva. Se supone que lo hace en función de un diagnóstico de cuáles son los requerimientos de los intereses nacionales y la posibilidad de obtener de los socios un consenso en la materia. Es una fase entonces que se cumple en lo que es el segmento nacional del proceso de formación de decisiones. Cada país se organiza como más le conviene y en función de sus propias características e idiosincrasias, constitucionales y administrativas internas. Pero en el caso del Mercosur, tanto el Tratado de Asunción como el de Ouro Preto, establecen precisiones al respecto –por ejemplo, al prever quienes los

integran, así como la coordinación de las Secciones Nacionales por los respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores-.

La segunda fase, es la de la adopción de las decisiones en las instancias comunes. Es aquella en que puestos de acuerdo los socios, finalmente la decisión es adoptada –conforme al sistema de votación establecido- y toma la forma jurídica que corresponda –incluyendo los efectos jurídicos que tendría que producir y las modalidades de incorporación al ordenamiento jurídico interno de los socios, cuando así correspondiera-.

Y la tercera, que podemos denominar como descendente, que es aquella en la que la decisión penetra en la realidad, sea por su cumplimiento directo por los países miembros o por su incorporación al ordenamiento jurídico interno de cada país, a fin de ser cumplidas por sus sujetos de derecho.

En mi opinión, la experiencia del Mercosur podría estar indicando que sus fallas institucionales principales residen en

la fase ascendente del proceso de decisión. Sería el hecho que las propuestas que llegan a la mesa de las decisiones finales, no han sido suficientemente preparadas en sus aspectos técnicos, o no han sido suficientemente consultadas con otras instancias gubernamentales o con los sectores sociales interesados.

Sería por lo tanto la definición de cada interés nacional –incluyendo el indispensable ejercicio de conciliación de requerimientos internos de un país con las posibilidades de obtener de los socios lo que presuntamente necesitan-, lo que presenta un cuadro de debilidades, que podría explicar la acumulación de reglas de juego que no se cumplen, es decir que no son efectivas y que, a veces, ni siquiera concluyen su proceso de perfeccionamiento jurídico.

De ser correcta esta interpretación habría que verificarla en cada país, ya que en principio, parecen observarse diferencias sustanciales en los respectivos procesos internos de decisión.

Sin embargo, cabe destacar otro factor que podría explicar las insuficiencias institucionales del Mercosur. Sería el hecho que habiendo aumentando la interdependencia económica entre los socios, sin embargo no se dieron oportunamente pasos en la dirección de institucionalizar una visión técnica y común independiente de la de los gobiernos. De hecho, el sistema de decisiones continuó reposando sobre la gestación de acuerdos previos entre los dos socios de mayor dimensión económica y la obtención, luego, del consenso de los dos socios de menor dimensión económica. Probablemente el punto de inflexión de la etapa inicial de creación de interdependencia a la de administración de interdependencia, con el consiguiente incremento de las demandas institucionales –mayor necesidad de negociar decisiones que permitieran continuar desarrollando el proceso de integración, preservando el cuadro de ganancias mutuas, en un marco de significativas asimetrías de dimensión económica y de crecientes disparidades macroeconómicas-, fue el fin del período de transición.

Mi impresión es que en Ouro Preto, se perdió la oportunidad de avanzar en la dirección de una Secretaría Técnica, como finalmente se hiciera recién en 2002. Incluso en 1999, las Cancillerías de la Argentina y del Brasil, rechazaron explícitamente la idea planteada por el Uruguay de crear la Secretaría Técnica. En el interior del gobierno argentino, tampoco prosperó la idea de mínima de crear una Gerencia Técnica adscripta al Grupo Mercado Común.

3. La acumulación de reglas que no se cumplen.

Quien entra en la página Web del Mercosur (www.mercosur.org.uy) y analiza la normativa acumulada por el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio, en el período 1991-2002, tendrá la impresión que al Mercosur no le faltan reglas. Tendrá más dificultades, sin embargo, si trata de conocer cuáles de esas reglas están efectivamente vigentes en los respectivos ordenamientos jurídicos internos. Incluso no le será fácil saber

cuáles son los países que en cada caso, no han cumplido con el proceso de incorporación al respectivo ordenamiento jurídico interno, conforme a lo previsto en el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto. Esa información era hacia fines de 2002 –y quizás aún lo sea- “reservada”.

En una reunión de expertos organizada por la Fundación Konrad Adenauer y el CARI, y realizada en la sede de la Secretaría del Mercosur, en setiembre de 2002⁵, se tuvo oportunidad de conocer con precisión cuál era, al menos a esa fecha, la real situación del cuadro normativo nominal del Mercosur. De 149 Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común en el período 1991-setiembre 2002 y que requieren incorporación al ordenamiento jurídico interno de cada socio, 105 no lo habían sido aún, o sea el 70% del universo. De 604 Resoluciones del Grupo Mercado Común, en igual período, que requieren incorporación, 380 estaban aún

⁵ Ver el Documento elaborado por la Dirección del Proyecto en base a las notas tomadas por los relatores del seminario sobre “Las normas de derecho originario y

pendientes de serlo, o sea un 63% del total. Y de 90 Directivas de la Comisión de Comercio, en el período 1994-2002, que requieren incorporación, 45 estaban aún pendientes de serlo, o sea un 50% del total.

Estos datos ponen de manifiesto la magnitud del problema. Sería necesario, sin embargo, un análisis más profundo para conocer el impacto de estos datos sobre la eficacia del proceso de integración y sobre los desequilibrios que la situación puede, eventualmente, haber producido en el balance de los intereses nacionales en juego. Para ello habría que efectuar un análisis cualitativo sobre el contenido de las reglas no incorporadas, así como un análisis de la efectividad –penetración en la realidad- de las incorporadas. Habría que recrear, además, el balance de intereses nacionales que explica la adopción de cada decisión, situándola en el contexto de reglas aprobadas en la respectiva reunión del órgano de creación normativa.

derivado del Mercosur. Su incorporación a los ordenamientos jurídicos de los

El cuadro se agrava si se consideran tres otros datos. En primer lugar, la existencia de normas originarias del Tratado constitutivo que abiertamente no se cumplen. Ya se mencionó el ejemplo del incumplimiento de la norma del Tratado y de su anexo I, concerniente a la imposibilidad –desde un punto estrictamente legal- de aplicar impuestos a las exportaciones destinadas a los países del Mercosur. Por cierto que no es el único ejemplo. En segundo lugar, la existencia de normas complementarias del Tratado constitutivo incorporadas a Protocolos que no han sido aún ratificados. Ejemplos relevantes son, entre otros, los Protocolos de Fortaleza, sobre defensa de la competencia, y los de Montevideo y Colonia, sobre inversiones externas e intra-Mercosur. En tercer lugar, la utilización del procedimiento de “protocolización en la ALADI”, para la incorporación de normas jurídicas a los respectivos ordenamientos jurídicos internos, lo que ya ha dado a pronunciamientos jurisdiccionales contrarios en el Uruguay en un caso concreto, y que en opinión del autor –y

Estados Partes”, realizado en Montevideo los días 26 y 27 de setiembre de 2002.

de otros especialistas, como se puso de manifiesto en la citada reunión de setiembre de 2002- sería en algunos de los países, contraria a disposiciones constitucionales. Lo sería en mi opinión, en el caso de la Argentina, al menos cuando la norma respectiva requiriera intervención del Congreso, por su contenido –modificación de una ley previa o, de disposiciones del propio Tratado de Asunción-, como podría ser la situación del denominado régimen automotor ⁶.

La citada reunión de expertos identifica una explicación al cuadro de situación referido, en los alcances del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto, en particular, en cuanto que no prevé un plazo para la incorporación de las normas al ordenamiento jurídico interno, cuando así fuera necesario, y que permite que la vigencia de las reglas de hecho no sea simultánea en todos los socios. Una revisión del citado artículo o, eventualmente, una reglamentación por un Protocolo

⁶ PEÑA Félix, “Entrada en Vigencia de Acuerdos de la ALADI y del Mercosur”, en *Revista La Ley*, Bs As, jueves 28 de setiembre de 2000.

adicional, podrían ser los procedimientos apropiados para contribuir a una solución del problema.

También se instaló la idea de procurar la aprobación de actos legislativos internos de cada socio, que prevean una vía rápida (especie de "fast track") para la incorporación de normas Mercosur al respectivo ordenamiento jurídico nacional. Al respecto la recomendación de los expertos también distingue el tratamiento del "stock" de reglas acumuladas en el período 1991-2002, y el tratamiento de las futuras reglas. Son todas, en mi opinión, recomendaciones que requieren de una atención prioritaria de las instancias políticas de los socios y que aparecen como factibles, desde un punto de vista técnico, asumiendo voluntad de encarar el problema.

Pero también se señalaron las deficiencias en la metodología de formación de las respectivas reglas –en particular en la mencionada fase ascendente del proceso de decisión, comenzando por las instancias nacionales de cada socio-,

como una posible explicación de la alta tasa de incumplimientos normativos. Una insuficiente consulta a los sectores interesados –incluso otras instancias gubernamentales envueltas luego en el cumplimiento de lo pactado-; una falta de transparencia en el proceso de decisión –muchos proyectos de decisión son "reservados" antes de ser adoptados formalmente- e, incluso, la tendencia ya mencionada a la diplomacia de "efectos especiales" o "mediática" –más pendiente del éxito inmediato sobre todo de las reuniones Cumbre-, pueden ser otros tantos factores que contribuyan a explicar la acumulación de normas que no se cumplen, o que no se perfeccionan jurídicamente. En muchos casos, los trabajos técnicos preparatorios de las reglas, efectuados en el marco de los subgrupos de trabajo, no se publican o tienen explícitamente un carácter "reservado". Ello disminuye la transparencia que requiere un proceso como el Mercosur.

El cuadro de situación aquí planteado, explica la percepción que ciudadanos, empresas, inversores y terceros países, tienen de una pronunciada distancia entre la normativa nominal del Mercosur y su efectividad, es decir, su real capacidad para penetrar en la realidad. Ello contribuye al diagnóstico de un proceso que tiene serios problemas de eficacia y de credibilidad, lo que puede resultar en una creciente crisis de legitimidad del propio Mercosur, en la medida que tal situación se traduce en un deterioro significativo de la reciprocidad de intereses entre los socios, sobre todo teniendo en cuenta las realidades de asimetrías de dimensión económica y de poder relativo.

Una apreciación sobre la calidad institucional del Mercosur.

Además de la importancia de factores económicos y políticos, que explican la situación actual del Mercosur, podemos

afirmar entonces que el proceso de integración sufre asimismo de un problema de insuficiencia metodológica e institucional⁷.

Por insuficiencia metodológica e institucional se entiende, a los efectos de este análisis, la existencia de fallas significativas en los métodos de concertación de intereses nacionales y en la calidad de las reglas de juego formuladas para encauzar la construcción regional.

A veces se intenta explicar tales fallas por el requerimiento del consenso para adoptar decisiones entre los socios. Se proponen entonces distintos tipos de sistemas de votación por mayoría. No creo sin embargo, que sea el requerimiento del consenso un factor significativo para explicar fallas en el proceso de decisión del Mercosur. En mi opinión, las principales deficiencias se observan en la fase de "fabricación del consenso", es decir, en lo que he denominado como la

fase ascendente de los proyectos de decisión. Ello se traduce, a veces, en productos de calidad insatisfactoria.

Lo que sostengo es que las decisiones comunes adoptadas en los órganos del Mercosur suelen ser defectuosas, y no terminan de perfeccionarse o no penetran en la realidad, por haber sido insuficientemente preparadas en la instancia nacional correspondiente, sea en el caso de todos los países o –lo que sería suficiente- en alguno de ellos.

El hecho de que la concertación de intereses nacionales llegue a ser defectuosa, sería entonces la resultante de deficiencias en la preparación de las posiciones nacionales. Ello puede deberse a varios motivos. Uno de ellos puede ser en algún país, el hecho que no se haya institucionalizado el funcionamiento de la Sección Nacional del Grupo Mercado Común, que fuera concebido en el momento fundacional – sobre la base de la experiencia del período previo de la

⁷ PEÑA Félix, “Reflexiones sobre el Mercosur y su futuro”, en Grupo de Reflexão

integración bilateral entre la Argentina y el Brasil- como un colegiado integrado por la Cancillería y el área económica de cada Gobierno, a fin de operar como verdadero motor ejecutivo del proceso de integración, en base a los impulsos políticos de los Presidentes y de los Ministros. En mi opinión es el caso, por lo menos de la Argentina. También puede deberse a una insuficiente consulta a otros sectores de la administración pública y, en particular, a una baja participación de la sociedad civil, a través de sus instituciones representativas.

Las fallas metodológicas e institucionales del Mercosur reflejarían, a su vez, una insuficiente comprensión de los pilares básicos que la experiencia histórica –la de la UE, pero también la del NAFTA-, demuestra que son esenciales a la hora de construir una asociación voluntaria, sustentable y permanente, entre naciones soberanas que no pretenden dejar de serlo, al menos en un horizonte temporal previsible.

Prospectiva sobre o Mercosul, op.cit., ps. 271 y ss.

Ellos son: la preferencia económica entre los socios; un grado mínimo de disciplinas colectivas; un método eficiente de concertación de intereses nacionales, y la lealtad y confianza mutua entre los socios.

Pero también estaría reflejando un error cometido, en mi opinión, al finalizar el período de transición establecido en el Tratado de Asunción. Conforme a lo acordado en la Cumbre de Las Leñas al aprobarse la propuesta brasilera de un cronograma para el cumplimiento de las tareas previstas para el período de transición, a su finalización debía aprobarse un segundo cronograma previendo los pasos a dar para continuar perfeccionando el objetivo de un mercado común⁸. Como se sabe, en Ouro Preto, no se aprobó tal cronograma e incluso se diluyeron varios de los compromisos asumidos originalmente en el Tratado de Asunción, en particular, en

⁸ Ver Decisión CMC n° 02/92. El autor participó en su redacción. Su finalidad era precisamente instruir la preparación por parte del GMC, en el segundo semestre de 1994, "de un Cronograma de medidas adicionales que sean necesarias adoptar para el pleno funcionamiento del Mercado Común del Sur, a partir del 1° de enero de 1995.

relación a la obligación de efectivamente eliminar las restricciones no arancelarias.

El hecho que el Tratado de Asunción, por las condiciones políticas y económicas predominantes en el momento de su negociación, tiene un carácter muy esquemático, con sólo pocos compromisos elaborados en forma tal que son exigibles jurídicamente –en especial los del artículo 5 y los de los Anexos-, le da más importancia aún a la no elaboración –y por ende no aprobación- del segundo cronograma previsto en Las Leñas. Uno podría identificar entonces en la Cumbre de Ouro Preto, como el momento en que se produce un punto de inflexión que hasta el presente no ha sido revertido, hacia la "aladificación" del Mercosur, entendida como el de un proceso en el que predomina el concepto de que las reglas se cumplen sólo cuando se puede.

Otro error que en mi opinión se produce en Ouro Preto, es el de no haber podido incorporar al ordenamiento jurídico del

Mercosur, un sistema de válvulas de escape que permitiera flexibilizar compromisos frente a cambios que surgieran en las realidades económicas, haciéndolo de una manera que fuera previsible para quienes invirtieran en función del mercado ampliado ⁹. El hecho que no se hubiera avanzado en la coordinación macroeconómica –uno de los supuestos básicos bajo el cuál se construyó el proceso de liberalización comercial del Mercosur- tornaba más necesario aún la aprobación de instrumentos previsibles de flexibilización de las reglas de juego. Incluso el ACE 14 entre la Argentina y el Brasil, tenía precedentes en la materia que se hubieran podido tomar en cuenta, una vez que se constató que era necesario prorrogar el período de transición para los productos que fueron incorporados en los regímenes de adecuación, o que quedaron excluidos del libre comercio por un tiempo que se suponía limitado (sector automotor y azúcar).

⁹ PEÑA Félix, “La institucionalización de la flexibilidad en el Mercosur (la cuestión de las salvaguardias)”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, ,° 20, 1999.

Reglas de juego esquemáticas, rígidas, sin instrumentos de flexibilización, y la carencia de un camino crítico pautado por lo socios para el logro de objetivos definidos sólo con un alcance programático e indicativo en el artículo 1° del Tratado de Asunción, constituye sin dudas una combinación de elementos que puede contribuir a explicar muchas de las dificultades que tuvo luego el Mercosur, incluso para superar naturales complicaciones económicas que se presentaron en su desarrollo, en particular a partir de 1998.

Las fallas metodológicas e institucionales, podían ser consideradas naturales en la etapa fundacional del Mercosur. Recordemos que ella fue desarrollada en un cuadro de baja interdependencia económica; de marginalidad en el contexto de las relaciones económicas externas, y de relativa inestabilidad interna en los socios, propia de la condición de democracias emergentes que encaran profundos procesos de transformación económica y social.

Sin embargo, si bien pueden aceptarse esas fallas como naturales en la etapa fundacional e incluso en los primeros años de su desarrollo, no sería razonable dejar de extraer ahora consecuencias del aprendizaje acumulado en la construcción regional.

Pueden resaltarse cuatro fallas principales que merecen atención. La primera es la mencionada acumulación de reglas –tanto complementarias, como derivadas del pacto constitutivo original-, no incorporadas a los respectivos ordenamientos jurídicos internos. A ello puede agregarse el efecto adicional de la baja calidad técnica de algunas reglas formalmente aprobadas por los órganos del Mercosur, en términos de ser poco claras y a veces incoherentes entre ellas. Tal hecho complica además, en la práctica, la eficacia del mecanismo de solución de controversias.

La segunda falla, que contribuye a explicar la primera, es la ya mencionada deficiencia en los métodos empleados para

preparar y adoptar decisiones. Como ya se ha señalado, a veces, ellas responden a factores coyunturales, por ejemplo la necesidad de asegurar éxito mediático de reuniones – especialmente las Cumbres-. Otras, reflejan insuficiencias en la formulación de intereses nacionales en juego en cada decisión. Las Secciones Nacionales del Grupo Mercado Común, no siempre han funcionado como para que sus posiciones en la mesa negociadora, reflejen la participación de todos los sectores gubernamentales, empresarios y de la sociedad civil, interesados en la normativa que se aprueba en instancias comunes-. También suelen resultar de discontinuidades en estrategias nacionales, producto de inestabilidades políticas y económicas.

La tercera falla, se observa en la administración de los conflictos de intereses entre los socios –que afectan el proceso de formación de decisiones o de ejecución- y en los procedimientos para la solución de diferendos. Se ha puesto a veces énfasis excesivo en la diplomacia presidencial, no como

último recurso, si no como una instancia casi inmediata. Las divergencias de intereses en la preparación de decisiones, no son siempre suficientemente decantadas en instancias técnicas comunes y se elevan para su articulación en instancias políticas, que ante la falta de acuerdo las dilatan o transforman en normas de baja calidad, que no penetran en la realidad. Puede rastrearse en la discontinuidad –y a veces irrelevancia- de las reuniones de Ministros de Economía y Presidentes de Bancos Centrales, una contribución al desgaste institucional del Mercosur. A su vez, los mecanismos del Protocolo de Brasilia, sólo comenzaron a utilizarse en todo su potencial a partir de 1999. Antes se observó una resistencia política a aceptar la instancia arbitral, como natural y necesaria en un proceso de integración como el del Mercosur. La cuarta falla, se observa en la transparencia y participación de la sociedad civil, en la adopción de decisiones y en el conocimiento de las reglas de juego. La falta de transparencia se percibe en la reserva que caracteriza a proyectos de normas en el momento de su discusión por los gobiernos, y al

hecho que la parte más sustantiva de las actas de instancias técnicas, no son de fácil acceso para quienes no participan del circuito oficial de decisiones. Incluso muchas son reservadas. Los trabajos técnicos preparatorios, muchas veces efectuados con fondos de cooperación internacional, son difíciles de conseguir por las instituciones de la sociedad civil. La página Web del Mercosur dista de tener el alcance de las de procesos similares, en especial, la de la UE –o la de la OMC-. En cuanto a la participación de la sociedad civil –incluso a través de sus representantes legítimos en los Parlamentos nacionales-, además de la falta de transparencia sufre de la marginalidad que tienen en la práctica, el Foro Consultivo Económico-Social, y la Comisión Parlamentaria Conjunta. Es difícil encontrar precedentes de consultas relevantes al Foro Consultivo efectuadas por los demás órganos del Mercosur. A nivel nacional, la transparencia y la participación de la sociedad civil difiere de país a país, siendo en algunos relativamente baja o marginal.

Las cuatro fallas mencionadas se traducen en un proceso de integración que dista de estar orientado por reglas que efectivamente se cumplen (“rule-oriented process”). Tal concepto no se refiere a una realidad subordinada rígidamente a lo jurídico ¹⁰. Supone en cambio, el reconocimiento por los países miembros de que al asumir por voluntad soberana compromisos mutuos, están aceptando limitar su capacidad de acción unilateral, evitando cumplir con las reglas sólo en la medida de las posibilidades. Implica además, que los comportamientos reales de cada país podrán ser apreciados a la luz de reglas libremente pactadas, por instancias jurisdiccionales independientes –sean ellas judiciales como en la UE, o arbitrales como en el NAFTA y la OMC-. Significa encuadrar las relaciones de poder en un marco consensuado de reglas de juego con fuerte potencial de efectividad.

¹⁰ JACKSON John, The Jurisprudence of GATT & the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations, Cambridge University Press, 2000, ps 7 y 8; LAFER Celso, A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira, Librería do Advogado, Porto Alegre, 1998, en su capítulo 1.

En el Mercosur se observan comportamientos unilaterales fundados, por ejemplo, en razones de emergencias económicas, no necesariamente conciliables con las reglas de juego consensuadas. Se observan incluso situaciones de “ilegalidad consentida” o de “ilegalidad compensada”, que contribuyen a un deterioro en la credibilidad de las reglas, con su consiguiente efecto negativo en decisiones de inversión y en estrategias empresarias. Como se señaló antes, a veces tales situaciones reflejan una insuficiente claridad o flexibilidad normativa. Todo ello terminaría sustentando una percepción de un proceso orientado básicamente por realidades de poder (“power-oriented process”), es decir, en el que las relaciones de poder predominan sobre las reglas.

A modo de conclusión y algunas recomendaciones.

Es un hecho que las reglas de juego e instituciones del Mercosur han demostrado serias falencias. En particular, han puesto en evidencia una relativa incapacidad para incentivar el avance hacia un mercado común –objetivo fundacional que

legítima las concesiones recíprocas que efectuaron los socios en función de sus intereses nacionales-.

Pero también han sido ineficientes a la hora de tener que brindar respuestas sistémicas a los problemas comerciales originados, a veces en los efectos de una marcada disparidad cambiaria entre las principales economías del área; otras veces, en la precariedad en los accesos a los respectivos mercados resultante de reglas de juego defectuosas y, finalmente otras, en asimetrías de políticas sectoriales que nunca terminaron de ser encaradas.

Tres premisas bajo las cuales se diseñó la arquitectura de compromisos asumidos en 1991 por los socios, no han podido aún cumplirse plenamente: la de la coordinación macroeconómica; la de la extensión del libre comercio de bienes a los servicios y a las compras gubernamentales, y la de la integración de cadenas productivas facilitada por acuerdos orientados a la exportación, especialmente en

aquellos sectores productivos revelados como más sensibles en algunos de los países miembros.

La resultante es la de un proyecto de integración de baja calidad institucional, con muchas reglas de juego que no se cumplen y otras que, aunque formalmente vigentes, no han logrado penetrar en la realidad.

En este informe hemos observado que el Mercosur ha demostrado debilidad en su capacidad para concertar los intereses nacionales en juego. En este tipo de proceso de integración voluntaria entre naciones soberanas, la experiencia histórica –corta y reciente- demuestra que sólo una mecánica eficaz de puesta en común de intereses nacionales bien definidos por los respectivos socios, permite mantener el cuadro ganancia-ganancia, sobre el cuál se construye en forma dinámica el proyecto común y que garantiza el libre cumplimiento de los compromisos asumidos.

Incluso con una estructura institucional como la que actualmente tiene el Mercosur, tal concertación se podría lograr si es que los órganos funcionaran con eficiencia. Ello debería implicar –como efectivamente ocurriera en los primeros años-, un impulso político proveniente del más alto nivel político y en especial de los socios de mayor dimensión económica relativa, y su instrumentación en reglas comunes a través de los órganos con competencia para ello, en particular el Consejo y el Grupo Mercado Común.

Debería implicar además, un funcionamiento también eficaz de los mecanismos para resolver conflictos de intereses y para asegurar el cumplimiento de las reglas vigentes, recurriéndose en última instancia a la instancia jurisdiccional arbitral. El Protocolo de Olivos, aprobado con poca discusión pública previa, si bien puede ser considerado un paso parcial en la buena dirección, deberá demostrar, que efectivamente constituye un aporte positivo al desarrollo institucional del Mercosur. Lo razonable sería además, llegar a un uso

excepcional de la “diplomacia presidencial”, a fin de desatar los frecuentes nudos que traban el desarrollo del proceso de integración. Lo que debería ser excepción, sin embargo, en los últimos años se transformó en la regla.

Es evidente que, desde hace varios años se observan signos claros de deterioro de esta mecánica institucional, reflejada por ejemplo en la ya mencionada pérdida de protagonismo de las reuniones de Ministros de Economía y Presidentes de Bancos Centrales (lo que puede explicar la ausencia de avances significativos en la coordinación macroeconómica y el retroceso evidente en el carácter común del arancel externo), y en la falta de institucionalización –por lo menos en la Argentina- de la Sección Nacional del GMC (lo que puede explicar problemas de coordinación interna en la definición concreta del interés nacional en la marcha del proceso).

La resultante es la inercia en materia de reglas de juego y el continuo relajamiento de las necesarias disciplinas colectivas,

tanto en el plano macroeconómico, como en el sectorial y en el de las políticas comerciales externas. Debe tenerse en cuenta al respecto que el efecto-disciplina es uno de los principales resultados positivos de este tipo de proceso –como lo demuestran tanto la experiencia de la Unión Europea como la del NAFTA-, por su impacto sobre la calidad y estabilidad de las políticas públicas de cada uno de los socios. Ese efecto no se ha logrado con el Mercosur hasta el presente, si bien contribuyó en 1999 a evitar, al menos en el caso de la Argentina, que las expectativas generadas por los efectos de la devaluación del Real, se tradujeran en medidas restrictivas al comercio intra-Mercosur, precisamente por ser ellas imposibles legalmente por el efecto combinado del Tratado de Asunción y de la Constitución Nacional –primacía de los tratados sobre las leyes-.

En el Mercosur, la apreciación de una baja calidad institucional no tiene necesariamente que traducir en una demanda de creación de nuevos órganos ni de complejas burocracias. Sí

requiere el pleno funcionamiento de los órganos actuales, incluyendo las instancias nacionales del proceso de decisiones conjuntas.

Un paso en la buena dirección ha sido la puesta en funcionamiento de la Secretaría Técnica del Mercosur. La metamorfosis de la Secretaría Administrativa en una Técnica ha sido una operación exitosa, evidenciando un gran sentido práctico. Corresponde ahora que los socios fortalezcan el papel de la Secretaría Técnica –incluso ello puede lograrse con cooperación técnica internacional- en la preparación técnica de las normas que se aprueben –siempre debería requerirse su dictamen previo-; en la evaluación de su cumplimiento; en el apoyo a las negociaciones comerciales internacionales y, en particular, en la preservación de una visión de conjunto en la construcción del Mercosur.

Otro paso sería perfeccionar, en los casos en que así se requiera, el proceso de formación de las decisiones a nivel

nacional. La mencionada institucionalización de cada Sección Nacional del Grupo Mercado Común –como verdadero directorio para la preparación y seguimiento de los intereses nacionales en relación al Mercosur y como punto focal para la interlocución con los representantes de la sociedad civil-, permitiría tornar más eficiente el proceso de creación de reglas comunes. Los coordinadores nacionales deberían reunirse con periodicidad no inferior a la mensual y en tales reuniones debería participar normalmente el Secretario Técnico.

Es recomendable reforzar la capacidad de impulso político para el desarrollo del proceso de integración, de las reuniones trimestrales de Ministros de Economía y Presidentes de Bancos Centrales. Estas reuniones deben ser preparadas por el GMC y contar con la participación del Secretario Técnico.

El perfeccionamiento de la página Web del Mercosur –podría ser un verdadero portal denominado “Mercoweb”- y una

agresiva política de transparencia de toda la documentación técnica que incide en el proceso de decisión y de todos los proyectos de creación normativa, tendría un claro impacto en la capacidad de la sociedad civil de seguir y de participar en la formación de decisiones.

Las Secciones Nacionales del Foro Consultivo Económico y Social, y las de la Comisión Parlamentaria Conjunta, podrían ser los espacios naturales para que la respectiva Sección Nacional del GMC, consulte y debata los alcances de las futuras reglas de juego.

Incluso podría hacerse una experiencia hacia lo que sería en el futuro un “ombudsman” del Mercosur, abriendo en la página Web del Mercosur y en las que deberían tener –o tienen- las respectivas Secciones Nacionales del GMC, una especie de “ombudsman” virtual, punto de referencia electrónico para canalizar dudas, críticas, quejas, expectativas, proyectos, de ciudadanos de los cuatro países socios.

Con respecto al stock de reglas de juego acumuladas y no perfeccionadas jurídicamente, lo recomendable sería que un grupo de expertos proceda a su depuración.

En cuanto al tratamiento futuro de las nuevas reglas de juego, en mi opinión, el GMC debería evaluar y pronunciarse sobre las recomendaciones formuladas por la reunión de expertos de septiembre 2002, poniendo énfasis en particular, en la revisión y/o reglamentación del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto; en el establecimiento de un plazo para la incorporación a cada ordenamiento jurídico interno de la regla respectiva, y en la identificación del tipo de normativa interna que en cada caso pueda requerirse –o pueda ser necesario modificar- para proceder a la incorporación de la regla.

Finalmente, parece muy recomendable revisar los alcances que de hecho se ha otorgado a la “protocolización en la ALADI”, como forma de operar la incorporación de normas a los respectivos ordenamientos jurídicos internos. La figura de

la “protocolización” debería mantenerse en sus carriles originales que eran, la legitimación de tratos preferenciales ante el resto de los miembros de la ALADI no signatarios de un acuerdo de alcance parcial, y las eventuales modificaciones de preferencias arancelarias en acuerdos ya vigentes. Persistir en la actual práctica, es exponerse a un potencial cuestionamiento de constitucionalidad en jurisdicción nacional.

Referencia del autor:

Félix Peña es Director del Núcleo Interdisciplinario de Estudios Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) y Director del Instituto de Comercio Internacional de la Fundación BankBoston. Ha sido coordinador de la Sección Nacional del GMC por la Cancillería argentina (1991-1992) y Subsecretario de Comercio Exterior del Ministerio de Economía (1998-1999). Actualmente es miembro del Grupo Asesor de la Red Mercosur.
