

1



UNA APROXIMACIÓN A LA ANATOMÍA DEL MERCOSUR REAL

Ramon Torrent¹

¹ Coordinador de la Cátedra Internacional OMC/Integración Regional (Universidad de Barcelona). Coordinador del Observatorio de las relaciones UE - América Latina (OBREAL)

UNA APROXIMACIÓN A LA ANATOMÍA DEL MERCOSUR REAL

Ramón Torrent

Esta parte del libro consta de tres capítulos. En el primero de ellos se presenta un marco analítico de los procesos de integración regional. En el segundo se aplica dicho marco analítico al análisis del MERCOSUR, a partir del examen directo de las fuentes primarias, es decir, la producción normativa del MERCOSUR, una fuente de conocimiento que parece mucho más fiable que las usuales “revisiones de la literatura”. Para ello se actualiza hasta 31 de diciembre de 2005 el Directorio de legislación del MERCOSUR que se encuentra en Bouzas, da Motta y Torrent (2002-2003).

El tercer capítulo contiene unas reflexiones finales sobre las vías que existen, desde la perspectiva jurídico-institucional, para intentar sacar al MERCOSUR de la profunda crisis en que está sumido. Si bien se retoman aquí algunos de los argumentos del trabajo antes mencionado, el énfasis cambia. En el mismo se insistía mucho en que había bastante margen para “pequeños pasos” que hubieran podido ser efectivos. Ahora, casi tres años después, cada vez estoy más convencido de que el agravamiento de las enfermedades del MERCOSUR exige una “terapia jurídica de choque” sin la cual es imposible que el MERCOSUR recobre, ya no su dinamismo, sino su credibilidad.

El enfoque del trabajo, sobre todo en su capítulo dos, es empírico, si se permite el uso de esta expresión en un contexto jurídico-institucional. La intención es que los argumentos desarrollados sean discutidos en términos de verdad o mentira por contrastación con la realidad. Todos sabemos que la tarea de contrastar afirmaciones con la realidad está plagada de dificultades epistemológicas; pero también todos sabemos que es la única vía para avanzar en el conocimiento. Por tanto, agradezco ya de antemano todos los comentarios que señalen errores de hecho en mis argumentos.



CAPÍTULO I

UN MARCO ANALÍTICO PARA LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: LOS INSTRUMENTOS Y LAS DIMENSIONES DE LA IER²

La integración regional es presentada en ocasiones como un proceso unidireccional, que avanza en fases sucesivas desde la creación de un área de libre comercio hacia formas más amplias y más profundas de integración. Este enfoque no parece correcto sobre todo por una razón estrictamente empírica: la realidad demuestra que los procesos de integración regional arrancan de manera distinta y siguen caminos distintos que pueden avanzar en direcciones diferentes, aunque todos esos caminos compartan algunos elementos³.

Si nos concentramos en la naturaleza de la Integración Económica Regional (IER) más que en sus consecuencias económicas, debemos concluir que dicha naturaleza es definida esencialmente por los instrumentos legales que fundamentan y proporcionan el marco de cada proceso (sin olvidar nunca que el mismo derecho puede dar lugar a distintas prácticas). Es por ello que el establecimiento de un marco analítico de la IER debe enfatizar la discusión de los aspectos jurídico-institucionales.

La IER pretende moldear condiciones sociales y económicas con el fin de alcanzar unos objetivos mediante el uso de ciertos instrumentos. Su desarrollo puede ser analizado en términos de diferentes dimensiones, lo cual puede permitir el establecimiento de una tipología de procesos de integración regional. Estos son los temas principales que debería abordar todo marco analítico de la IER; a continuación se enfatiza sobre todo la discusión de los distintos instrumentos y dimensiones.

2 Traducción algo resumida de Torrent, R. (2003), investigación realizada para el Banco Interamericano de Desarrollo, cuyo objetivo era el diseño de un marco analítico de los procesos de integración regional. La versión final de este trabajo debe muchísimo a la paciente ayuda de Roberto Devlin.

3 La tesis, tan repetida sin pensar, de que existen “cinco fases” sucesivas en la integración (zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión monetaria y unión política) es rigurosamente falsa. Basta contrastarla con el NAFTA/TLCAN y el propio MERCOSUR. El primero incluye aspectos muy importantes de mercado común en materias que van más allá del comercio de bienes (servicios, inversiones), y en cualquier caso mucho más importantes y amplios que los que incluye el MERCOSUR, sin haberse ni tan sólo planteado el “paso” por la fase precedente, de unión aduanera. Y el MERCOSUR ha tocado muchos temas propios de la unión política (desde la cláusula democrática a la cooperación educativa, judicial y policial) sin haber avanzado prácticamente nada en materia de mercado común. Tampoco el proceso europeo se ajusta a aquella sucesión de fases porque muchos aspectos relativos al mercado común se plantearon en el momento fundacional y no en un momento ulterior. Y, por último, ASEAN demuestra que se puede invertir el proceso y comenzarse con la política para acabar en el comercio de bienes.

1. Precondiciones y Objetivos de la Integración Regional

1.1 Precondiciones

La integración regional no nace en el vacío. Está condicionada por una diversidad de factores. Page (2000) distingue los siguientes:

- La geografía es importante, incluyendo la facilidad de comunicaciones, una precondición que no siempre se da, incluso entre países vecinos (por ejemplo en América del Sur).
- La población cuenta, aunque la experiencia demuestra que la diferencia de tamaño entre Estados miembros no necesariamente crea un obstáculo para el éxito de la integración.
- El tamaño de la economía y la renta per capita son importantes, pero la experiencia demuestra que las divergencias en este aspecto son normales.
- La congruencia política puede ser muy importante en muchos casos.
- Un pasado u origen común o un sentido de comunidad puede ser el factor más importante que subyace a la integración, como en el caso de la Comunidad del Caribe (CARICOM).

A estas precondiciones deben añadirse dos que parecen de gran importancia.

- La primera es jurídico-política. La experiencia demuestra que son muy importantes la credibilidad y la eficacia del derecho que fundamenta la integración, sobre todo cuando el proceso de IER se articula a través de la producción de reglas jurídicas. Los procesos de IER no pueden quedar garantizados sólo por medio de instrumentos institucionales regionales. Sobre todo en Europa, la experiencia ha demostrado que la fortaleza del proceso es resultado de una actitud general de respeto del derecho por parte de los Estados miembros. Así, esta actitud acaba siendo una precondición para la integración extremadamente importante.
- En segundo lugar, también son factores importantes el nivel de gasto público y la estructura de impuestos de los Estados miembros. Si los ingresos públicos se basan en una proporción importante en tarifas (aranceles) o en impuestos sobre las exportaciones⁴, la política comercial queda, de hecho, subordinada a la política fiscal. Y un nivel de gasto público bajo hace mucho más difícil para los Estados miembros resolver algunas de las consecuencias negativas de la integración. Vale la pena mencionar que si, en el seno de la

⁴ La política comercial no sólo cubre el régimen de las importaciones sino también el de las exportaciones. En el capítulo dos se insiste sobre esta consideración evidente, pero tan a menudo olvidada, cuando se alude a la evolución reciente del MERCOSUR.

Unión Europea, los conflictos sobre el gasto público (ayudas de Estado a las empresas, por ejemplo) se mantienen dentro de límites razonables, no es sólo porque existe una política regional de competencia sino porque todos los Estados miembros (al menos hasta la última ampliación) tienen la capacidad presupuestaria suficiente para, dentro de unos determinados límites, financiar grandes programas de ayuda.

1.2 Objetivos

La literatura reciente discute de manera adecuada los objetivos económicos y políticos perseguidos por la integración regional (y sus efectos, tanto los buscados como los que surgen sin haber sido buscados). Desde una perspectiva económica, la integración es contemplada sobre todo como un instrumento de desarrollo (o de competitividad y crecimiento). Este fin último es perseguido a través de una serie de objetivos intermedios, normalmente analizados desde dos puntos de vista. En primer lugar, aumenta la competencia y se generan economías de escala como resultado de la ampliación del mercado y del contacto más estrecho entre productores de los distintos Estados miembros. En segundo lugar, la integración regional cambia los patrones de los flujos de comercio así como la localización de la producción (World Bank, 2000). Se requiere una perspectiva dinámica para discutir estas ventajas porque los beneficios netos de la dinámica de integración, combinados con los llamados efectos no-tradicionales, tales como el efecto de señalamiento y de “consolidación”⁵, pueden ser mucho mayores que sus efectos estáticos de reasignación (Devlin, R y R. Ffrench-Davis, 1999).

Se acepta ya ahora que “la integración es una cuestión política” (World Bank, 2000). Estos objetivos políticos más amplios son normalmente resumidos de la manera siguiente⁶:

- Seguridad intra y extra regional.
- Adquisición de poder de negociación en el marco del sistema mundial/multilateral.
- “Consolidación” (*lock in*) de reformas internas, no sólo en áreas abarcadas directamente por cada proceso de IER sino también en otras áreas.

Por lo que se refiere a los objetivos estrictamente económicos, cuando la atracción de inversiones extranjeras directas se convierte en el principal objetivo de la participación en acuerdos comerciales preferenciales, las consecuencias sistémicas de esta política deben ser analizadas cuidadosamente. Esta política puede ser legítima para los países en desarrollo y para acuerdos Sur-Sur en los que todos los

5 El término inglés es “*lock-in*” que pretende transmitir la idea de “echar el cerrojo” sobre una política o normativa al adquirir compromisos internacionales que impiden su reforma.

6 Para mayores detalles ver Page (2002), World Bank (2000) y Bouzas (1999).

miembros desean atraer inversiones extranjeras directas procedentes de los países industrializados. Pero en acuerdos Norte-Sur, los países industrializados deberían siempre poder contestar la pregunta de por qué ellos comparten la idea de canalizar la inversión extranjera directa a un país en desarrollo específico excluyendo a los demás, y en particular a sus vecinos.

Por último, el lenguaje políticamente correcto no debería ocultar el hecho de que la integración regional ha sido y es a menudo utilizada, en todos los continentes, como un instrumento de influencia por los países dominantes o poderosos. Toda evaluación de las relaciones entre la integración regional y el sistema multilateral debe tomar en cuenta esta posibilidad.

Los objetivos pueden cambiar durante el desarrollo del proceso. La historia de la Comunidad Europea (CE) y el nacimiento de la Unión Europea (UE) son, sin duda, los mejores ejemplos de ello. En la fase inicial, los objetivos eran predominantemente internos (paz y seguridad); los objetivos externos (tales como una mayor presencia en el escenario internacional) adquirieron una importancia creciente tan sólo en los años 1980 y 1990. Un cambio de objetivos puede dar vida al proceso y revitalizar la voluntad política que lo inspira. Pero también puede crear confusión (no sólo en la opinión pública sino también entre los dirigentes políticos, que pueden perder de vista lo que el proceso es en realidad). También puede provocar que se intente encajar nuevos objetivos en un marco que había sido diseñado para perseguir otros fines y que no necesariamente se adapta bien a los nuevos. La experiencia europea ilustra bien ambos peligros.

En cualquier caso, nunca debería olvidarse que la integración regional, por importante que sea, es tan sólo un medio y nunca debería convertirse en un fin en sí misma. Los objetivos de los sistemas políticos de los Estados miembros tomados en su respectivo conjunto son más amplios que aquellos a los que sirve la integración. La integración puede ser un éxito en sí misma sin necesariamente ser un éxito en términos de estos objetivos más amplios. La evolución de la UE durante los años 1990, incluyendo la creación de la unión monetaria, proporciona el mejor caso real para discutir esta cuestión. Ha sido un éxito en términos de integración porque ha tenido un alto grado de contenido efectivo, fortaleza y dinamismo. Pero ha tenido resultados más bien decepcionantes en términos económicos y ha conducido a una creciente desafección de los ciudadanos respecto a las instituciones europeas o, al menos, la ha acompañado. Y ello ha generado, a su vez, la necesidad de reformas profundas. En cambio, no puede señalarse ningún efecto negativo mayor durante los primeros treinta años de integración europea, incluso durante sus periodos de relativo estancamiento.

2. Instrumentos de la Integración Económica Regional

La integración regional es un esfuerzo y una tarea comunes de una pluralidad de Estados que requiere la utilización de los instrumentos disponibles para influen-

ciar la realidad económica y social. Estos instrumentos pueden clasificarse en tres categorías: legislación (reglas jurídicas, normas); actividades públicas (incluyendo la concesión de subvenciones a determinadas actividades económicas desarrolladas por operadores privados); y la redistribución de ingresos mediante transferencias presupuestarias. Como los procesos de IER son un fenómeno internacional, también utilizan los instrumentos diplomáticos tradicionales del diálogo y la cooperación. A efectos de análisis, estos instrumentos deben quedar netamente diferenciados de las técnicas utilizadas para crearlos así como de los mecanismos institucionales utilizados para asegurar su ejecución adecuada. La materia abarcada por dichos instrumentos define el contenido de la integración regional; las técnicas y los mecanismos institucionales afectan a su fortaleza y su dinamismo, pero no a su contenido. Una breve referencia a ambas cuestiones es necesaria para despejar algunos malentendidos.

2.1 Las dos técnicas de la integración y la distinción entre derecho primario y derecho secundario

Hay dos técnicas diferentes para generar normas regionales y proporcionar un marco para actividades públicas. La distinción tradicional entre “intergubernamental” y “supranacional” intenta definir las. Pero esta distinción ha sido utilizada de manera muy descuidada, sobre todo para comparar el proceso europeo (que sería la encarnación de la supranacionalidad) con otros procesos. Por un lado, el proceso europeo tiene un elevadísimo grado de intergubernamentalidad. Para tomar sólo dos ejemplos, la eliminación de aranceles en el comercio intra-zona fue conseguida, esencialmente, a través de un método intergubernamental; y el Sistema Monetario Europeo fue, de principio a fin, un mecanismo intergubernamental basado sobre un acuerdo entre Bancos Centrales sin ningún tipo de intervención por parte de la CE. Por otro lado, la Organización Mundial de Comercio (OMC), como otras organizaciones internacionales, tiene un importante componente de supranacionalidad (por ejemplo cuando aprueba *waivers* –exenciones *ad hoc*- o cuando aprueba la incorporación de nuevos Miembros).

En consecuencia, es mejor substituir esta terminología con otra, más neutral, que se refiere a las dos técnicas que pueden ser utilizadas por un Tratado de integración (de hecho, por cualquier acuerdo o tratado internacional) para producir normas. Las dos técnicas son: a) introducir reglas en el tratado que los Estados miembros deben cumplir, y b) crear, en el marco del acuerdo, algún mecanismo capaz de producir derecho. Por ejemplo, la CE –una entidad con personalidad jurídica y competencias propias– proporciona el paradigma del uso de la segunda técnica. Pero el proceso europeo se basa igualmente en la primera técnica: el propio tratado contiene un conjunto de normas que imponen muy amplias e importantes obligaciones a los Estados miembros cuando ellos ejercen sus propias competencias, obligaciones que están enmarcadas por la obligación general de no discriminación por razón de nacionalidad (trato nacional) en ningún área cubierta por el tratado. El

NAFTA/TLCAN, en contraste, tan sólo confía en la primera técnica. Muchos acuerdos bilaterales con terceros países de la CE (en solitario o acompañada de sus Estados miembros) también utilizan la segunda técnica: la creación de una institución común capaz de producir derecho adicional que da mayor profundidad al contenido del acuerdo⁷. Hay ventajas e inconvenientes en ambas técnicas. La primera tiende a dar fortaleza y credibilidad pero incurre en el riesgo de falta de flexibilidad y de capacidad de adaptación; la segunda tiende a tener efectos opuestos.

La distinción entre derecho “primario” (u “originario”) y derecho “secundario” (o “derivado”) es también equivalente a la de estas dos técnicas. En el marco de un trabajo sobre el MERCOSUR, es indispensable recordar y subrayar que no existe ningún “obstáculo constitucional” para utilizar la segunda técnica y así crear un mecanismo de producción de derecho secundario o derivado poderoso y que funcione. Como veremos con más detalle más adelante, así lo demuestra la participación de todos los cuatro Estados Parte del MERCOSUR en la OMC (una organización que, como acabo de indicar, dispone de un mecanismo y genera un importante volumen de derecho secundario en materia de *waivers* y protocolos de adhesión de nuevos Miembros). No deberían utilizarse falsos argumentos jurídicos para encubrir la falta de voluntad política.

2.2 Los mecanismos institucionales

Los mecanismos institucionales (incluyendo la solución de diferencias y el control jurisdiccional) no son, en sí mismos, instrumentos de la integración. Puede argumentarse que son, en todo caso, instrumentos de los instrumentos. Los mercados se integran, con más o menos éxito, mediante normas que liberalizan, por ejemplo, el comercio de bienes o los movimientos de capital (o que armonizan estándares). Los mecanismos institucionales tan sólo ayudan a aumentar o disminuir la eficacia de estas normas y facilitan su adaptación.

Un examen comparativo demuestra que, con tal que las normas sean eficaces, la integración puede avanzar con éxito (o, en el caso contrario, corre el riesgo de fracaso) con independencia de los mecanismos institucionales adoptados en cada proceso. El NAFTA/TLCAN y el proceso europeo comparten algunos éxitos a pesar de que su enfoque en materia de instituciones sea del todo distinto. El MERCOSUR, que es institucionalmente ligero, comparte algunos de los mismos

⁷ Este desarrollo supranacional, olvidado casi siempre, demuestra hasta qué punto se ha abusado de la distinción entre intergubernamentalismo y supranacionalidad (y demuestra también lo erróneo de la conclusión de que la supranacionalidad es difícil de concebir fuera del contexto europeo). Por ejemplo, el acuerdo marco firmado en 1997 por la Comunidad Europea y sus Estados miembros por un lado y México por el otro fue “rellenado” más tarde por dos decisiones del Consejo conjunto y no por unos acuerdos suplementarios independientes. La elección de los procedimientos internos seguidos por las distintas Partes contratantes antes de que sus representantes en el Consejo conjunto adopten las decisiones depende de las características constitucionales de cada Parte. En algunos casos se parecen a las utilizadas para la aprobación de acuerdos internacionales; en otros son completamente distintas o incluso no existentes.

fracasos de la Comunidad Andina, institucionalmente más pesada, y, en los últimos años, no ha corregido ninguno de estos fracasos, sino más bien lo contrario, mediante la creación de nuevos órganos e instituciones.

Este argumento se aplica incluso a las políticas regionales en materia de competencia. Parecería que no pueden existir si no existen instituciones o órganos regionales que las ejecuten. Sin embargo, el ejemplo del Espacio Económico Europeo demuestra exactamente lo contrario. El Tratado del Espacio Económico Europeo incluye disposiciones sobre política de competencia, pero su ejecución es dejada a las instituciones existentes a lado y lado del acuerdo: las ya preexistentes por el lado de la CE y, por el lado de los países EFTA, una Autoridad de Vigilancia y un Tribunal, ambos de nueva creación. En consecuencia, también se aprecia en este caso una distinción clara entre los instrumentos (las normas comunes regionales) y los mecanismos institucionales para su ejecución (dejados en manos de las Partes).

La existencia o no de un presupuesto regional debe ser discutida también como un tema de mecanismos institucionales y no de instrumentos en sentido estricto. En efecto, las actividades públicas regionales (que sí son un instrumento) pueden ser implementadas a través de un presupuesto regional o de los presupuestos nacionales, o a través de una combinación de ambos. Dos ejemplos extraídos de la experiencia europea son ilustrativos a este respecto. Primero, la Política Exterior y de Seguridad Común –PESC– (tal como apareció en el Tratado de Maastricht) permitía dos formas alternativas de ejecución: a través del presupuesto de la CE o a través de los presupuestos nacionales. Segundo, el futuro de la Política Agrícola Común (PAC) depende en parte de si se mantendrá su mecanismo de implementación actual (a través del presupuesto de la CE) o bien será transferida para su financiación (al menos parcialmente) a los presupuestos nacionales. Cada rama de la alternativa tiene consecuencias importantes sobre la fortaleza y el dinamismo del proceso.

2.3 Los instrumentos

Así pues, los cuatro tipos esenciales de instrumentos son los ya apuntados: normas (reglas jurídicas) regionales, actividades públicas, redistribución de ingresos a través de transferencias presupuestarias e instrumentos diplomáticos.

Normas regionales

Las normas regionales pueden abarcar cualquier situación social y económica. Desde un punto de vista analítico, es mejor estudiar el ámbito material de las normas bajo la dimensión de “contenido” que bajo el epígrafe de “instrumentos” de la integración regional. El análisis de las reglas jurídicas como instrumentos de las relaciones económicas internacionales (incluyendo la integración regional) debe referirse a tres principales enfoques o “tipos de reglas”: a) reglas de acceso al mercado; b) reglas de derecho uniforme; y c) reglas de no discriminación. Efectiva-

mente, un primer enfoque consiste en imponer obligaciones a las partes en materia de liberalización del acceso a los mercados. Un segundo enfoque consiste en crear una normativa uniforme que cree un marco jurídico común (o único, incluso) para las transacciones y operaciones cubiertas por el acuerdo internacional de que se trate. Un tercer enfoque consiste en imponer ciertas obligaciones de no discriminación en materia de normas aplicables a las transacciones y operaciones cubiertas por el acuerdo pero sin pretender armonizar o unificar el derecho aplicable por cada Estado.

Estos tres enfoques difieren mucho entre ellos, tanto legalmente como en sus implicaciones económicas y políticas.

Las reglas de acceso al mercado tienen un ámbito de aplicación estrictamente limitado a las transacciones internacionales. En cambio, las normas de derecho uniforme así como las de trato (salvo si sólo se refieren a un trato no discriminatorio entre extranjeros –trato de la nación más favorecida- en el acceso al mercado⁸) se aplican sobre todo a transacciones internas. Así, son mucho más “intrusivas” en las políticas internas (y, en consecuencia, mucho más difíciles de abordar) que las primeras. Pero todas estas normas son necesarias, en una combinación adecuada, para conducir las relaciones económicas internacionales. Veamos a continuación, de manera esquemática, las ventajas y los inconvenientes de cada una de ellas.

Las reglas de acceso son fáciles de concebir y de comprender, aunque sus efectos económicos sean difíciles de evaluar, sobre todo porque tienen un ámbito limitado (transacciones y operaciones internacionales). Tienen también una ventaja que, sobre todo en comparación con las reglas de trato, no es nada despreciable: existe en cada Administración estatal un equipo de funcionarios expertos para aplicarlas y negociarlas que es el equipo que administra y contribuye a definir las normas internas a las que se refieren las obligaciones impuestas por las reglas internacionales. Pero su mayor inconveniente es que, en muchas circunstancias, resultan del todo insuficientes para conseguir el fin que normalmente se pretende con ellas: la liberalización/integración de los mercados. En efecto, la realidad demuestra que el acceso a los mercados está dificultado no sólo, y en muchas ocasiones no tanto, por la existencia de unas normas específicas que lo limitan sino por las divergencias en las normas aplicables internamente en cada mercado.

Los otros dos tipos de reglas plantean unos dilemas políticos muy difíciles de resolver.

Las reglas de derecho uniforme son extremadamente útiles para clarificar y simplificar las relaciones económicas internacionales y el derecho aplicable a ellas (algo en principio atractivo: ¿qué puede parecer mejor que “a problema común, solución uniforme”?) pero tienen una serie de inconvenientes extremadamente importantes:

- En primer lugar, un crecimiento de su número agrava la tensión siempre existente entre génesis del derecho internacional y alternancia democrática en el poder en el plano interno. La ratificación de un acuerdo o Tratado

⁸ Esta precisión no figuraba en el capítulo original del libro del BID.

internacional por una determinada mayoría parlamentaria echa el candado (*locks in*, en la expresión inglesa cuyo uso se ha generalizado) sobre un sistema de reglas; así, un cambio de mayorías parlamentarias que en otras circunstancias habría permitido un cambio en las reglas aplicables puede ahora ser impotente para modificar dicho sistema. Este inconveniente debe ser siempre tenido en cuenta sobre todo porque se puede estar tentado a pensar que se tiene “la buena solución” que nadie debería poder jamás modificar: pero ¿quién garantiza que se está en posesión de la verdad?, ¿el tecnócrata/ideólogo que dispone del recetario?

- En segundo lugar, si bien estas reglas tienen la virtud incuestionable de dar estabilidad a las relaciones económicas internacionales y a la integración regional, si su número es excesivo o no seleccionan bien las cuestiones que abarcan, pueden amenazar la capacidad de adaptación a nuevas circunstancias que todo esquema de relaciones internacionales o de integración regional debe poseer.
- En tercer lugar (y ésta es una dificultad sobre la que se reflexiona demasiado poco), las reglas internacionales de derecho uniforme son extremadamente difíciles de redactar por el hecho de darse en un contexto que no es uniforme en cuanto a tradiciones jurídicas y terminología. Una regla internacional de derecho uniforme no es, como una norma interna, una nueva planta en un jardín bien cuidado (quizá también una jungla o una selva intransitables), sino más bien un pulpo que aparece en un garaje. Se entenderá mejor esta dificultad con un ejemplo. Si una ley interna reforma los procedimientos aplicables en materia de expropiación, podrá apoyarse en el resto de la legislación nacional y utilizar su terminología; esto no sucede así si pasamos al plano internacional: este “contexto jurídico” no existe.
- En cuarto lugar, existe una dificultad, ligada a las anteriores, que “los expertos” nunca acostumbran a mencionar, porque ellos son los causantes de la misma: el riesgo de consolidar (*lock-in*) los errores. Tanto los errores en términos de efectos (porque una regla pensada para producir unos efectos acaba produciendo otros, incluso los contrarios de aquellos que se perseguían) como los simples errores de redacción (porque un día se descubre – por ejemplo ante una decisión judicial o arbitral- que una regla pensada para que dijera “esto” no dice esto sino que dice “otra cosa”). En el plano interno es mucho más fácil corregir errores (cambiando la legislación) que en derecho internacional donde se requiere el acuerdo de otras Partes Contratantes para cambiar las reglas. Este inconveniente se acrecienta a medida que aumenta el volumen y complejidad de las reglas de derecho uniforme.

Las reglas de trato reducen drásticamente los inconvenientes de las reglas de derecho uniforme. En efecto, al ser mucho más simples, reducen el riesgo de error y son mucho más fáciles de redactar, de hecho caben en una línea: A. Trate a todos los extranjeros igual –trato de la nación más favorecida-. B. Trate a los extranjeros

igual que a los nacionales - trato nacional-. Al dar mucho mayor margen de manio-
bra a las legislaciones internas, que pueden seguir aplicando criterios políticos y
económicos distintos con tal que no sean discriminatorios entre nacionales y ex-
tranjeros (trato nacional) o entre extranjeros (trato de la nación más favorecida),
reducen la tensión con el principio democrático y la alternancia en el poder político
resultado de procesos políticos internos.

Pero también tienen inconvenientes muy graves sobre todo cuando se refieren
al “trato de las empresas”. Las reglas internacionales de acceso al mercado y de
derecho uniforme siguen la misma lógica que las correspondientes reglas internas.
Las reglas internacionales de acceso al mercado simplemente restringen el conte-
nido posible de las internas; y las reglas internacionales de derecho uniforme unifi-
can el contenido de las reglas internas. En cambio, esta lógica es completamente
distinta en el caso de las reglas de trato. De hecho, estas reglas presentan una espe-
cie de “doble universalidad” que las diferencia radicalmente de las normas internas
y genera unas dificultades insospechadas: se aplican a todos los sectores y cubren
todos los aspectos del régimen jurídico de aquellas actividades a las que se aplican.
En el ámbito interno no existe una norma o un paquete de normas que tenga esta
doble universalidad; normas distintas se aplican a distintos sectores (energía, agri-
cultura o transporte aéreo, por ejemplo) y a distintos aspectos de dicho régimen
jurídico (del derecho mercantil a la fiscalidad pasando por el derecho laboral o el de
la expropiación, por ejemplo). Pretender que una sola regla internacional afecte a
todo este complejísimo conjunto de normativas internas comporta muchos riesgos;
no debe extrañarse, pues, que esta regla tan simple engendre efectos y dificultades
insospechadas.

Esta dificultad se manifiesta en el momento de negociar los acuerdos interna-
cionales. Mientras que, en materia de acceso y de derecho uniforme, la correspon-
dencia entre normas internacionales y normas internas asegura, al menos en princi-
pio, la existencia de expertos, ello no es así en materia de reglas de trato: ¿qué
experto, ya no en un país en desarrollo sino en uno desarrollado, “sabe todo” en
materia de trato a las empresas? La respuesta es simple: nadie. O bien estas reglas
internacionales de trato son sometidas a un escrutinio muy estrecho por todos los
funcionarios de los Ministerios afectados o bien se acaba firmando y ratificando
acuerdos cuyo alcance nadie acaba de comprender.

Con la única excepción de la Comunidad Europea, la experiencia demuestra
que sólo se pueden aceptar obligaciones de amplio alcance en materia de trato a
las empresas si dichas obligaciones van acompañadas de una lista de excepcio-
nes. Pero esta lista de excepciones tiende a aumentar geométricamente en cuanto
el número de Partes contratantes del acuerdo aumenta. Al final, la lista de excep-
ciones tiende a sepultar las reglas que establecen el trato nación más favorecida
(NMF) y el trato nacional⁹.

9 Esta fue una de las razones del fracaso de las negociaciones desarrolladas desde 1995 a
1998 en el seno de la OCDE para intentar llegar a un Acuerdo Multilateral de Inversiones
(AMI, o MAI en su acrónimo inglés).

Actividades públicas

Los Estados no sólo promulgan y aplican legislación de ámbito general. Por ejemplo, también financian y gestionan servicios públicos como la educación, construyen infraestructura física y conceden subvenciones a actividades económicas específicas. Se utiliza el término “actividades públicas” para referirse a todas ellas, y no el término “políticas” porque las políticas también pueden desarrollarse exclusivamente con reglas jurídicas (en materia de medio ambiente, estándares sociales y laborales o educación, por ejemplo).

La misma distinción se aplica en el ámbito regional. Las actividades públicas pueden jugar un papel relevante en algunos esquemas de integración regionales. Podría incluso sostenerse que alguna actividad pública regional debe necesariamente llevarse a cabo si se quiere evitar que la integración regional tan sólo sea una versión políticamente correcta de la liberalización de los mercados. Es mejor plantear en el epígrafe de contenido el análisis del ámbito material de estas actividades públicas regionales (como hemos visto también en el caso de las normas). Lo que debe enfatizarse aquí, en el epígrafe de instrumentos, es que tales actividades públicas regionales pueden ser necesarias para poder promulgar normas de liberalización. La PAC de la Comunidad Europea vuelve a ser el mejor ejemplo de ello.

En los años 1950, cuando se negoció el Tratado constitutivo de la CE, la agricultura planteaba dos problemas mayores en tanto que sector. En primer lugar, los presupuestos nacionales la subvencionaban intensamente y este hecho habría creado grandes distorsiones de la competencia si el comercio intrazona de productos agrícolas se hubiera liberalizado. En segundo lugar, la intervención pública estaba ligada a la existencia de organizaciones de productores y sistemas de controles de precios que constituían una violación clara de los principios de la libre competencia. La alternativa era o bien excluir la agricultura del ámbito de aplicación de los Tratados o bien plantear el problema como una política común. Los Estados miembros eligieron la segunda rama de la alternativa y crearon un conjunto específico de normas para los mercados agrícolas que sería inconcebible fuera del marco de la agricultura. A lo largo de la historia de la PAC, estas reglas jurídicas específicas han comportado la existencia no sólo de subvenciones sino también de controles de precios, compras por el sector público y constitución de stocks reguladores así como carteles con límites de producción y sanciones por su sobrepasamiento.

Dejando de lado sus virtudes y defectos en términos de política económica, las actividades públicas pueden tener efectos muy positivos sobre el proceso de integración. La referencia no es al impacto resultante de la creación de poderosos lobbies en favor de la acción regional porque la existencia de sectores críticos puede neutralizar su efecto, sino a la definición y gestión de dichas políticas, que mantiene el proceso de integración en marcha incluso en periodos de estancamiento, y al efecto de demostrar que la integración se refiere a cuestiones de la vida económica real y no es una pura cuestión “de política”.

Redistribución de los ingresos a través de transferencias presupuestarias

Todas las actividades públicas pueden afectar a la distribución de los ingresos. La redistribución de los ingresos se convierte en un instrumento regional específico cuando apunta a categorías específicas de beneficiarios definidos en términos de sus ingresos o de alguna otra característica económica más o menos general. Este instrumento es típicamente europeo.

En el plano interno, una embrionaria política de redistribución de los ingresos basada sobre criterios personales data ya de los años 1950 (el Fondo Social). Pero este instrumento sólo adquirió verdadera significación (también en términos presupuestarios) en los años 1980 y 1990 cuando incluyó como criterio la situación comparativa de colectivos definidos geográficamente, primeramente zonas dentro de los Estados miembros (los Fondos estructurales) y luego países enteros (el Fondo de Cohesión). En el plano externo, la primera ronda de acuerdos de la CE con países mediterráneos en los años 1970 y 1980 incluían compromisos presupuestarios. Más tarde, se abandonó esta práctica, la ayuda financiera externa fue excluida de los acuerdos (excepto en el caso del Convenio ACP con los países excolonias de África, Caribe y Pacífico) y la Comunidad Europea decidió tratar el tema de manera autónoma.

Instrumentos diplomáticos

En tanto que fenómeno internacional, la integración regional utiliza los instrumentos diplomáticos tradicionales del diálogo y cooperación. Su uso puede promover la emergencia de una política regional en sentido propio, ya sea ejecutada a través de instrumentos jurídicos –legislación– ya sea bajo la forma de actividades públicas, pero no sucede así necesariamente, ni tan sólo normalmente.

Estos instrumentos, si bien son diplomáticos en su origen, se extienden ahora a todas las otras áreas cubiertas por cada proceso, en particular las económicas. Este desarrollo no se limita a la integración regional ya que el número de foros internacionales en todas las áreas de la vida política, económica y social se ha multiplicado. Sus efectos sobre la integración regional se ven potenciados cuando son capaces de implicar de manera efectiva a los actores sociales y económicos, en particular en el mundo de los negocios, promoviendo intercambios y actividades comunes entre ellos. En un tiempo, ésta era una de las diferencias entre las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas y las negociaciones entre la Unión Europea y el MERCOSUR. En el primer caso, al menos durante un periodo bastante largo, los actores estuvieron implicados de manera efectiva, pero no así en el segundo.

3. Las Dimensiones de la Integración Regional

La integración regional se desarrolla en un espacio multidimensional, y no

necesariamente va continuamente hacia adelante. Tiene cuatro principales dimensiones: dimensión externa, contenido, fortaleza y dinamismo.

3.1 La dimensión externa

Las Uniones Aduaneras (UA) son presentadas en ocasiones como una profundización de las Zonas de Libre Comercio (ZLC). Esto genera confusión. También podría decirse que se trata de una ampliación de su ámbito material: las UAs definen en el plano regional una política que las ZLCs dejan a los Estados miembros individuales, la de relaciones comerciales con países terceros. Pero es mejor no comparar UAs y ZLCs en términos de profundización o ampliación del ámbito material ni, menos aún, pensar que son fases o etapas sucesivas de los procesos de integración. Es mejor contemplarlas desde una perspectiva o dimensión diferente: como diferentes vías de inserción de los procesos de integración en el sistema mundial. El mismo enfoque debe aplicarse a cualquier otra área o materia cubierta por un proceso de IER (tales como servicios, capitales, derecho de establecimiento y trato postestablecimiento, y movimientos de trabajadores).

El análisis de esta dimensión debe referirse al número de materias tratadas en el plano regional en relación con países terceros. Esto es esencial, por ejemplo, en relación con el proceso europeo. Se olvida a menudo que la CE (que en materia de comercio internacional de bienes es una Unión Aduanera bien consolidada desde hace decenios) no ha desarrollado una política externa común en temas tan importantes como servicios, derecho de establecimiento de empresas extranjeras o la reforma de la llamada “arquitectura financiera” internacional¹⁰. En todas estas materias, los Estados miembros continúan desarrollando políticas distintas e incluso contradictorias.

La dimensión externa es de importancia decisiva en aquellos procesos (en particular, acuerdos Sur-Sur) cuyo principal objetivo es el de aumentar el poder de negociación internacional de sus miembros y, en general, mejorar sus condiciones de inserción en el sistema mundial. En general, la existencia o no de una dimensión externa permea todo el enfoque de la integración. Cuando no hay dimensión externa, el proceso tiende a orientarse hacia la imposición de restricciones en la definición y ejecución de políticas (porque las políticas nacionales podrían poner en peligro la liberalización intrazona). Cuando hay una dimensión externa, la orientación gira hacia la elaboración de políticas (es decir, una política externa común), al menos como reacción a demandas de países terceros.

El análisis de la dimensión externa de un proceso de IER es esencial a la hora de evaluar sus efectos sobre el sistema mundial y sobre otros países. Tal discusión

¹⁰ Esta es la razón por la cual los Estados miembros siguen firmando separadamente acuerdos de inversiones con países terceros y son miembros de la OMC y Partes, juntamente con la Comunidad Europea, en muchos acuerdos con países terceros. Las reformas introducidas en el Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Niza, entrado en vigor en 2003, han modificado el ámbito de las competencias externas de la Comunidad Europea.

se centra a menudo sobre la posible mala utilización de los instrumentos de política comercial, y algunos concluyen que las Uniones Aduaneras pueden ser utilizadas para inhibir la liberalización comercial en mayor medida que las ZLCs. Si la discusión se centra en la compatibilidad con la OMC, se convierte a menudo en un debate sobre el significado en términos cuantitativos de la noción “substantialmente todo el comercio” del artículo XXIV del GATT. Sugiero otro enfoque: mirar los procesos de IER en términos de su posible mala utilización por lo que se refiere a su contribución estructural (buena o mala) a la arquitectura global o mundial.

Desde esta perspectiva, la existencia o no de una dimensión externa de los procesos de IER parece relevante con relación a dos de los principales problemas creados por la multiplicación de acuerdos preferenciales y, en particular, por la pertenencia múltiple en ellos de países individuales. El primero se refiere a los riesgos de desviación de comercio y de inversiones. La participación de un país en distintas ZLCs tiene el efecto y en algunos casos el objetivo buscado de multiplicar los riesgos de desviación de comercio e inversiones. Al limitar tal posibilidad, parece que las Uniones Aduaneras contribuyen positivamente a la arquitectura mundial. El segundo problema es el de la transformación del sistema mundial en un “*plato de spaghetti*”¹¹ de acuerdos entrelazados, cuyos efectos negativos han sido ampliamente discutidos. Por definición, las Uniones Aduaneras limitan este desarrollo al obligar a todos sus miembros a ir juntos en sus relaciones comerciales con terceros países. En contraste, las ZLCs permiten a cada Estado miembro crear nuevas ZLCs, con lo que se multiplica el efecto *spaghetti*.

La discusión de estos problemas debería abandonar o refinar el recurso habitual a ciertas comparaciones geométricas o mecánicas (círculos concéntricos o “cubo-y-radios” –“*hub and spokes*”–). Efectivamente, un modelo de cubo-y-radios se transforma en un círculo concéntrico cuando el cubo está constituido por un proceso de IER. El ejemplo típico es el de los acuerdos que ligan a la CE (en solitario o conjuntamente con todos sus Estados miembros) con países terceros, pero también sería el caso del NAFTA/TLCAN dentro de un ALCA que fuera NAFTA-menos en términos de contenido. El punto esencial en estos dos casos es que todos los miembros del proceso de IER están en la misma situación en relación con terceros países. Esto no crea ningún problema especial en materia de arquitectura.

El verdadero problema arquitectónico es el de la participación múltiple en distintos procesos de IER por parte de diferentes miembros de uno de ellos (sin ir acompañado de sus socios). Entonces el problema no es de círculos concéntricos sino de círculos que se solapan. En términos de la segunda comparación, el problema que se plantea entonces es el de si un vehículo puede funcionar cuando los radios conectan los distintos puntos de la rueda simultáneamente a distintos cubos.

11 Se ha generalizado la expresión de *spaghetti bowl* introducida por Baghwati, aunque parecería que no todo el mundo la interpreta de la misma manera. La utilizo porque alude al problema discutido en el texto: como en un plato de spaghetti demasiado cocidos, se tira de un acuerdo y siguen todos porque la pertenencia de un mismo Estado en distintos acuerdos con Estados distintos en cada caso genera una interdependencia contradictoria entre todos ellos.

3.2 Contenido efectivo

Amplitud de ámbito (“width”) y profundidad (“depth”)

La amplitud de cualquier acuerdo internacional u organización puede ser definida en términos del número y el alcance de las materias o áreas que abarca. La profundidad se refiere al grado en que dichas áreas están sujetas a reglas o actividades públicas comunes. Un ejemplo tomado del plano multilateral ayuda a diferenciar ambas nociones. EL GATS/AGCS es amplio porque cubre todos los sectores de los servicios y todos los aspectos del trato post-establecimiento; pero no es profundo (y es desigualmente profundo en cualquier caso) porque los compromisos en materia de acceso al mercado y trato nacional aceptados por los Miembros de la OMC en sus respectivas listas de compromisos son bastante limitados.

Aparentemente, la amplitud puede ser determinada fácilmente mediante el examen de las materias cubiertas por los distintos instrumentos regionales que están siendo utilizados. Pero esta facilidad aparente no existe en cuanto a las reglas jurídicas porque su amplitud debe ser analizada en términos de una matriz: verticalmente cuando nos referimos a sectores (tales como agricultura o servicios financieros) y horizontalmente cuando nos referimos a los distintos aspectos de la actividad de cualquier empresa (fiscalidad, derecho de la competencia o estándares laborales, por ejemplo). La profundidad no es fácil de determinar, en particular en materia de normas. El mejor criterio para determinar la profundidad es el grado en que los Estados miembros siguen siendo libres de regular de manera distinta temas específicos: cuanto más puedan, menos dimensión tendrá el proceso en términos de profundidad. La aplicación de este criterio requiere un análisis cuidadoso de las disposiciones legales pertinentes con el fin de determinar su significado real en términos de regulación, sobre todo porque el lenguaje ambicioso puede a menudo ocultar una falta de efecto regulador real.

A efectos analíticos, la distinción entre amplitud y profundidad está perfectamente bien fundamentada, pero también puede ser engañosa. En efecto, amplitud y profundidad no son dos características o dimensiones de la integración que puedan ser tomadas independientemente una de la otra. Lo que importa es el contenido del proceso, y amplitud y profundidad no son más que dos aspectos de él que deben ser consideradas conjuntamente. La realidad ofrece una multitud de ejemplos de acuerdos bilaterales económicos que son muy amplios en términos de ámbito de aplicación pero sin ninguna profundidad en términos de obligaciones o de cooperación efectiva. Acaban siendo poco más que declaraciones políticas de intenciones.

Dentro de los límites de este capítulo no puede irse más allá en la discusión de la amplitud y la profundidad de los procesos de IER. Basta añadir que siempre debe distinguirse entre normas aplicables intrazona o a operadores de terceros países. El contenido de la CE, por ejemplo, se extiende al transporte aéreo porque ha establecido reglas aplicables a líneas aéreas europeas en aeropuertos europeos. Sin embar-

go, estas reglas no se aplican a líneas aéreas americanas o japonesas (el mismo argumento se aplica a los profesionales).

Contenido versus Contenido efectivo

Como los procesos de IER se generan dentro de un sistema multilateral en el que sus miembros ya han asumido obligaciones, para descubrir el verdadero valor añadido de la IER se debe analizar el “contenido efectivo” de los procesos de IER y no sólo su contenido. El contenido efectivo debe ser definido como “contenido regional menos obligaciones multilaterales (o plurilaterales)”. También aquí la realidad nos ofrece una multitud de ejemplos de acuerdos bilaterales/regionales que intentan aumentar su contenido mediante la simple reescritura de obligaciones que sus Miembros ya han aceptado en los planos bilateral o multilateral, o incluso menos que eso. Esta estrategia parece peligrosa. Crea confusión, reduce la transparencia y debilita el sistema multilateral sin aportar nada significativo a la integración regional. Esta dimensión del “contenido efectivo” es esencial para analizar el MERCOSUR.

3.3 Fortaleza

Como en el caso de la amplitud y la profundidad, se analiza la fortaleza de un proceso de integración regional examinando conjuntamente dos aspectos: la credibilidad y la eficacia del derecho de la integración y el grado de compromiso (definido en sentido amplio) de los Estados miembros. También aquí se debería considerar que ambos aspectos se multiplican uno a otro en vez de simplemente sumarse. Muchos ejemplos demuestran que el simple compromiso político no es suficiente para fortalecer un proceso de integración si no está acompañado de al menos cierta credibilidad por lo que se refiere al derecho de la integración. Sin embargo, los mecanismos jurídicos no pueden compensar la ausencia de compromiso político. La fortaleza del proceso tiende a ser cero si uno de sus dos componentes (el jurídico o el político) es cero (incluso si el otro es positivo). Esta consideración parece sumamente pertinente al analizar los procesos de integración en América Latina.

La credibilidad y la eficacia del derecho

La IER puede funcionar, sin duda, sobre la base del cuarto instrumento anteriormente delineado (los instrumentos de diálogo y cooperación), y sin ningún derecho de la integración. Pero si se apoya en el derecho o es regulada por él, entonces el derecho debe ser creíble y eficaz. Si no lo es, el proceso se convierte en un fracaso y puede ser sustituido con éxito por la simple integración de facto.

Ningún derecho es creíble y eficaz al 100%; su credibilidad y su eficacia son siempre una cuestión de grado. Un alto grado de credibilidad puede ser alcanzado por diferentes mecanismos; sin embargo, la credibilidad no está necesariamente ligada a la existencia de un mecanismo regional de ejecución obligatoria (*enforcement*) del derecho. Parece depender mucho más de la existencia de una actitud general de respeto del derecho (del *rule of law*) y de la percepción del interés (tanto político como económico) en fortalecer la integración. En este punto vale la pena recordar que, en el marco del Tratado de la Comunidad Europea y hasta hace pocos años, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no disponía de absolutamente ningún mecanismo de ejecución de sus decisiones; el Tribunal simplemente “decía el derecho”. Como las represalias entre Estados miembros están absolutamente prohibidas, incluso en los casos en que uno de ellos ha violado el derecho comunitario, el sistema ha funcionado esencialmente sobre la única base del cumplimiento voluntario por parte de los Estados miembros incluyendo el cumplimiento voluntario de las decisiones del Tribunal de Justicia.

Compromiso político

El grado de compromiso político de los Estados miembros hacia el proceso de IER puede ser difícil de medir con precisión. Sin embargo, su existencia es absolutamente necesaria. El compromiso político es “político” por cuanto puede ir más allá del contenido efectivo económico del proceso de integración. Al ir más allá fortalece el proceso. Un ejemplo es el de las acciones comunes de los otros tres Estados del MERCOSUR cuando el cuarto Estado miembro, Paraguay, estaba sumido en una crisis y la democracia estaba en peligro. Otro ejemplo es el de la intervención de Estados Unidos cuando México fue afectado por una crisis financiera profunda. Estas acciones, en áreas que propiamente no están cubiertas por los procesos, fortalecieron el MERCOSUR y el NAFTA/TLCAN, respectivamente.

Si existe el compromiso político, los instrumentos diplomáticos de diálogo y cooperación pueden llegar a ser un medio efectivo de potenciar la integración. Si no existe, pueden llegar a ser contraproducentes, a largo plazo, porque generan en la opinión pública la percepción (correcta) de que la integración se ha convertido en un asunto puramente retórico.

3.4 Dinamismo y capacidad de adaptación

Se ha definido “Región” como un grupo de países que han creado un marco legal de cooperación que abarca una relación económica amplia, y que han previsto la posibilidad de que la región evolucione porque las estructuras económicas de los países cambian, y con ello la naturaleza de sus ligámenes (Page, 2000).

Este argumento no debería llevarse al extremo. La evolución o la capacidad de adaptación es sólo una dimensión de los procesos de IER, no una característica

definitoria. En primer lugar, la necesidad de adaptación depende de los objetivos perseguidos y del grado de adecuación de los instrumentos iniciales. En segundo lugar, la capacidad de adaptación (o un exceso de ella) puede poner en peligro la fortaleza del proceso (y, en particular, su credibilidad). Una buena parte de la historia de la integración regional en América Latina podría ser escrita desde esta segunda perspectiva.

La capacidad de adaptación tiene que ver esencialmente con los mecanismos para crear normas y la velocidad con que las normas nuevas o reformadas pueden adaptarse a las nuevas circunstancias. ¿Requieren un nuevo tratado las normas nuevas o reformadas? ¿O, alternativamente, prevé el tratado algún mecanismo de adaptación? La distinción entre la naturaleza estática o dinámica de la integración regional depende de la respuesta a estas cuestiones.

Una comparación inicial entre el NAFTA/TLCAN, la CE y el MERCOSUR revela, en este sentido, tres diferencias importantes. Por un lado, el NAFTA tiene una naturaleza estática. Es un acuerdo de contenido amplio que está ahí de una vez por todas; no dispone de un mecanismo de producción de derecho. Toda adaptación debe provenir de nuevos acuerdos o tratados que modifiquen o complementen el inicial. Por otro lado, los tratados constitutivos de la Comunidad Europea tienen una doble naturaleza. Tienen una sólida naturaleza estática en tanto que tratados internacionales clásicos que imponen obligaciones de muy amplio alcance a sus Estados miembros (exactamente igual que el NAFTA), pero también instituyen un mecanismo específico de producción de nuevo derecho que les confiere una naturaleza dinámica. Además, la práctica de revisar periódicamente y modificar los tratados fundacionales ha potenciado dicha naturaleza dinámica. Lo que discutiremos a continuación es si el MERCOSUR corre el riesgo de no tener ni una naturaleza estática ni una dinámica por cuanto, en una perspectiva estática, no impone el amplio, profundo y fuerte conjunto de obligaciones típico del NAFTA y de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea y, en una perspectiva dinámica, su dinamismo no es más que virtual, en gran medida, porque sus mecanismos de producción de derecho no funcionan correctamente.

La necesidad de dinamismo (o adaptabilidad) está ligada a las otras tres dimensiones. En primer lugar, si existe una dimensión externa del proceso, la necesidad de adaptación viene del exterior, de los otros participantes en el sistema mundial y en sus instituciones multilaterales. La política comercial de una Unión Aduanera (u otras políticas exteriores si existen) no pueden permanecer sin cambios a lo largo del tiempo; deben ser adaptadas. Esta necesidad no se presenta en el caso de las ZLCs, donde cada miembro adapta su política comercial extrazona por su cuenta.

En segundo lugar, y por lo que respecta al contenido, la necesidad de adaptación surge si el proceso de IER incluye actividades públicas regionales o redistribución de los ingresos. Todas ellas deben ser definidas, ajustadas y ejecutadas. La necesidad de adaptación también está ligada al tema de la profundización (mucho más que a la de aumento de la amplitud, porque no es probable que, simplemente por vía de adaptación, un proceso de IER pase a abarcar materias no

cubiertas en el tratado inicial). Si el acuerdo es estático (como el NAFTA), todas las disposiciones que dan profundidad deben quedar incluidas en el tratado inicial. Si el acuerdo es dinámico, el tratado inicial puede quedar limitado a la definición de algunas reglas u obligaciones relativamente abiertas o redactadas de manera poco detallada, dejando para más adelante la profundización de las mismas.

En tercer lugar, la adaptabilidad también está ligada a la fortaleza. La naturaleza estática de un proceso de IER contribuye ciertamente a su fortalecimiento; pero una naturaleza dinámica también puede contribuir a él si, por medio de la adaptación, se puede evitar su obsolescencia jurídica. Una naturaleza dinámica también puede aumentar la adecuación del derecho a las necesidades y así prevenir las violaciones del derecho.

4. La Tipología de la Integración Económica Regional

Se puede construir una compleja tipología de los procesos de IER mediante la combinación de precondiciones y objetivos, instrumentos y dimensiones. Aquí se delinearán algunos tipos que puedan ser útiles en la descripción de procesos de integración que se dan efectivamente en la realidad. No se trata de “etiquetarlos”, precisamente para que las etiquetas no cobren vida propia y se pierdan de vista las características propias de cada tipo. Además, como toda tipología, también esta propuesta es incapaz de encorsetar una realidad siempre muy compleja y cambiante.

El primer tipo es el de un simple marco político, sin reglas jurídicas, para la integración económica de facto. Este modelo puede ser razonablemente exitoso en algunos casos y del todo irrelevante en otros. El mejor ejemplo de éxito son los 25 primeros años de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN)¹². Fue creado sobre la base de sólidas precondiciones geográficas e históricas. Los mejores ejemplos de fracaso son probablemente los acuerdos de comercio y cooperación negociados en los años 1970 a 2000 por la Comunidad Europea con países de América Latina y Asia, que están vacíos de todo contenido efectivo.

El segundo tipo es el de la pura ZLC. No tiene dimensión externa y es estático. Tiene algún contenido efectivo (pero no mucho), que está normalmente limitado al comercio de mercancías (y aún ahí con notables excepciones), y no tiene mucha profundidad, no se plantea la producción de reglas de derecho uniforme. Finalmente, el grado de compromiso político también es bajo. Este modelo se ajusta, grosso modo, a la mayoría de los acuerdos regionales/bilaterales notificados a la OMC.

Estos acuerdos deberían ser discutidos en términos de sus efectos internos y externos. Una tal discusión excede los límites del presente capítulo. Por lo que se refiere a sus efectos “sistémicos globales” tales acuerdos tienden a ser irrelevantes

12 Sin duda, ASEAN no se ajustaba exactamente al modelo porque tenía algunas reglas jurídicas sobre preferencias comerciales, pero estas reglas eran accesorias a la naturaleza principal del acuerdo.

o desprovistos de consecuencias porque su efecto real sobre los flujos comerciales es casi inexistente; no obstante, son un “ruido” que enturbia la claridad y transparencia de las relaciones económicas internacionales. En el caso de que tengan una eficacia real, al permitir la participación múltiple y por separado de sus miembros en diferentes esquemas de integración, engendran el riesgo de que se multipliquen los efectos de desviación del comercio y las inversiones. Y si ligan a países industrializados con países en desarrollo, pueden tener efectos distorsivos sobre los otros países en desarrollo (vecinos sobre todo) que no son Partes del acuerdo.

En el tercer tipo de proceso de IER, las instituciones regionales fortalecen la comunidad de Estados. Este tipo de proceso es característico de la integración de Estados con poblaciones y territorios relativamente pequeños con un cierto sentimiento de compartir historia y cultura. La motivación clave del proceso de integración no es tanto la intensidad real o potencial en las relaciones económicas intraregionales; las consideraciones externas pesan, en proporción, más. Uno de los argumentos principales en favor de la integración es la necesidad de fortalecimiento institucional con el fin de maximizar la asignación de recursos humanos escasos y al mismo tiempo potenciar la capacidad reguladora y de formulación de políticas económicas (Jessen y Rodríguez, 1999). El paradigma sería el CARICOM, pero algunos esquemas africanos también se ajustarían, más o menos, al modelo.

Precisamente porque los recursos humanos y la capacidad de construir instituciones son ambos tan limitados, estos procesos deben hacer frente a dos retos. En primer lugar, deben definir de manera adecuada el ámbito de su dimensión externa. En segundo lugar, deben acertar con la selección de su contenido efectivo y de los instrumentos a utilizar (reglas jurídicas versus actividades públicas) al mismo tiempo que mantienen o aumentan el compromiso político de los Estados miembros.

El cuarto tipo de proceso de IER es el que, basado sobre fuertes reglas jurídicas pero sin ninguna actividad pública regional, cubre un abanico amplio de temas, pero queda corto de la creación de un espacio económico integrado. Comparte con el segundo tipo la inexistencia de una dimensión externa y, en consecuencia, comparte algunos de sus riesgos sistémicos. Pero este cuarto tipo tiene objetivos más ambiciosos y mucho más contenido efectivo, yendo mucho más allá del comercio de bienes, si bien deja de abarcar muchos aspectos de las relaciones económicas. Tiene fortaleza tanto en términos de derecho como de compromiso político. El modelo tiene dos variedades: la estática y la dinámica. El principal ejemplo de la variedad estática es el NAFTA/TLCAN. El principal de la dinámica es el Espacio Económico Europeo creado a principios de los años 1990 por un acuerdo entre los distintos Estados de la EFTA (con la excepción de Suiza) y la CE y sus Estados miembros.

El quinto tipo o modelo es el de un proceso de integración general pero incompleto, que abarca un amplio número de materias, con dimensiones interna y externa, estático y dinámico, y dotado de fortaleza. Se corresponde con el lanzado en los años 1950 por los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Es un tipo basado sobre fuertes fundamentos geográfico-históricos. Tiene una dimensión de

política externa claramente definida, pero esta dimensión es incompleta porque, por lo que se refiere a terceros países, muchos temas, incluso en el campo económico, siguen siendo objeto de las políticas nacionales de los distintos Estados miembros. Tiene un elevado contenido efectivo, que además ha ido aumentando con el tiempo, pero tampoco deberían exagerarse ni su amplitud y profundidad ni el número e importancia de sus actividades públicas. La fortaleza jurídica del proceso es remarcable y explica buena parte del éxito del proceso. Dicha fortaleza ha sido conseguida principalmente a través del cumplimiento voluntario del derecho por parte de los Estados miembros. El grado de compromiso político con el proceso ha sido siempre elevado, pero se ha erosionado de manera visible en los últimos quince años, especialmente en términos de opinión pública. El proceso tiene un poderoso fundamento estático (las obligaciones de amplio alcance impuestas por los tratados a los Estados miembros) pero también es dinámico porque dispone de un mecanismo muy bien lubricado de producción de derecho y de reforma de los tratados que conduce a un aumento del contenido del proceso. Debemos discutir si el MERCOSUR debe ser analizado como un ejemplo más o menos exitoso o fracasado de este quinto tipo; en efecto, recordemos que era así como era presentado, incluso con una cierta arrogancia, por quienes lo habían diseñado y conducían su desarrollo, al menos a mediados de los años 1990 (en efecto, todos recordamos, en una u otra versión, aquella frase tan repetida en seminarios y reuniones internacionales, y dirigida sobre todo a los europeos, de “hemos alcanzado en pocos años lo que a ustedes costó decenios”).



CAPITULO II

LA ANATOMÍA DEL MERCOSUR REAL ¹³

1. Precondiciones y Objetivos

La literatura existente sobre las precondiciones y objetivos iniciales del MERCOSUR es conocida. En cuanto a las precondiciones, simplemente importa añadir que las “asimetrías” (sobre todo de dimensión demográfica y económica) no sólo generan problemas; a veces también facilitan su solución. Así, para dar sólo un ejemplo, cierta coordinación monetaria del tipo de la del Sistema Monetario Europeo en los años 1980, que no era otra cosa que un mecanismo de cooperación entre Bancos Centrales para gestionar un sistema intrazona de tipos –variables- de cambio es facilitada por las asimetrías al permitir que el país muy grande “proteja” a los muy pequeños, si estos encuentran suficientes contrapartidas políticas.

En cuanto a los objetivos iniciales y a su evolución, es suficiente, a efectos de este capítulo, retener una versión simplificada de la presentación de Bouzas, da Motta y Torrent (2002-2003)¹⁴: a) la existencia de un *trade-off* inicial entre acceso al mercado brasileño y alineamiento sobre las posiciones de Brasil en materia de relaciones internacionales; b) la ruptura de este *trade-off* a medida que avanzaban los años 1990 y la imposibilidad (o la falta de voluntad) de encontrar uno nuevo desde entonces.

2. Instrumentos

El MERCOSUR ha utilizado esencialmente dos de los instrumentos de la IER antes analizados: las normas y los instrumentos diplomáticos. Los mismos se analizan a continuación haciéndose también una breve referencia a los instrumentos que este proceso de integración no ha utilizado (redistribución de los ingresos mediante transferencias presupuestarias y actividades públicas).

¹³ En este capítulo se retoman, reorganizan, completan y actualizan los argumentos presentados en el estudio para la Comisión Europea sobre el proceso de integración del MERCOSUR (Bouzas, da Motta y Torrent, 2002-2003). La actualización de la legislación del MERCOSUR, ha sido realizada por Christian Leroux y Federico Lavopa, en el marco de un proyecto de investigación de la Cátedra Internacional OMC/Integración Regional, recientemente creada por la Universidad de Barcelona, y cuyo resultado se hará público en paralelo a la publicación del presente libro.

¹⁴ Ver también la serie de Notas sobre MERCOSUR redactada por Bouzas y da Motta entre los años 2000 y 2003 (www.ub.es/obsglob) Universidad de Barcelona.

2.1 Normas (reglas jurídicas)

El MERCOSUR se concibió como un proceso creado y que se debía desarrollar a través de la producción de normas jurídicas. A los quince años de su creación, debe concluirse que la producción normativa no ha seguido unos criterios claros en cuanto a la articulación entre derecho primario y derecho secundario y ha sufrido una hipertrofia.

Falta de criterios claros en cuanto a la articulación entre derecho primario y derecho secundario

El MERCOSUR fue creado en 1991 por un Tratado breve (el Tratado de Asunción), que define sus objetivos, principios e instrumentos, y diseña su estructura institucional. El Tratado de Asunción incluye cinco anexos, en los que se estableció: a) un programa de eliminación de las tarifas intrazona, mediante reducciones arancelarias automáticas, lineales y generalizadas; b) un sistema de reglas de origen; c) un sistema transitorio de salvaguardias intrazona; d) un cronograma para el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias; y e) diez grupos de trabajo, encargados de promover la coordinación de políticas sectoriales y económicas específicas.

La interpretación más difundida del Tratado de Asunción lo considera un “Tratado Marco”, que debe ser completado por legislación “secundaria” que sería producida por los órganos de MERCOSUR. Sin embargo, el proceso no ha funcionado de acuerdo a lo sugerido por esta interpretación. En efecto, un buen número de piezas de este “derecho secundario” (incluyendo las más relevantes) no son en realidad legislación “secundaria” sino normas primarias, es decir, tratados internacionales que o bien se integran en el Tratado de Asunción como Protocolos o bien son paralelos al mismo y que, en ambos casos, son aprobados siguiendo los mismos procedimientos utilizados para el Tratado de Asunción¹⁵. Al ser tratados internacionales, estas normas no están sujetas al procedimiento de “internalización” discutido más adelante, sino a mecanismos convencionales de ratificación. Esta práctica es omitida por la mayoría de los estudios dedicados a las instituciones de MERCOSUR, que tampoco destacan que, en el momento actual, una versión consolidada del Tratado de Asunción (ciertamente con partes no entradas aún en vigor) sería mucho más extensa que el Tratado de la Comunidad Europea o incluso el NAFTA/TLCAN. Contaría con centenares de artículos –186 tan sólo para el Código Aduanero, no entrado en vigor aún a pesar de haber sido firmado en 1994- y un gran número de anexos –en muchos casos de docenas de páginas, como los del Protocolo de Montevideo sobre servicios o el Protocolo de Contrataciones Públicas-.

15 En el Anexo I a esta parte del libro se ofrece el listado de ellas.

Por otro lado, los logros más destacables del MERCOSUR deben ser atribuidos a la operación de normas primarias y, particularmente, del Anexo al Tratado de Asunción que estableció la eliminación de los aranceles intrazona. En contraste, la legislación “secundaria” propiamente dicha ha demostrado ser bastante inefectiva.

La falta de articulación adecuada del derecho primario y el derecho secundario dista mucho de constituir un simple problema de técnica jurídica. Revela más bien una falta de claridad respecto al proceso de integración en su conjunto. En efecto, como hemos visto en el capítulo precedente, la distinción entre derecho primario y derecho secundario (o, lo que es equivalente, en el uso de las dos técnicas de la integración) traduce -en procesos que, como el MERCOSUR, se conciben como dinámicos- la existencia de dos tipos de problemas políticos y soluciones a los mismos: aquellos que fundamentan la integración y le dan estabilidad y permanencia y aquellos otros que le dan flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias cambiantes. Una simple ojeada a los títulos de las normas listadas en el Anexo I permite comprobar la confusión entre estos dos tipos de problemas y soluciones al constatar que se tratan como derecho primario (fundamentos de la integración) cuestiones que son, casi por definición, sujetas a cambio y adaptación, desde las disposiciones concretas del Código aduanero a las normas sobre transporte de mercancías peligrosas, pasando por muchos otros ejemplos.

Hipertrofia normativa

Es difícil establecer criterios que permitan determinar qué constituye una “hipertrofia normativa”. No obstante, en el caso del MERCOSUR, existe uno que parece adecuado: la proliferación de nuevas normas antes de que las anteriores hayan entrado en vigor.

2.2 Instrumentos diplomáticos

El MERCOSUR ha utilizado ampliamente los instrumentos diplomáticos, y en particular los de la “diplomacia presidencial”. De hecho, según muchas interpretaciones que comparto parcialmente, dichos instrumentos habrían generado los mayores efectos positivos de la creación del MERCOSUR: consolidación de un clima de paz, estabilidad democrática y cooperación en la región. El uso de dichos instrumentos habría jugado un papel de causa-efecto respecto al propio proceso de integración.

No obstante, parece también innegable que ha existido una hipertrofia de diplomacia presidencial, al menos si se la compara con su incapacidad para resolver los problemas de fondo de la integración. Sería interesante analizar la conexión entre hipertrofia normativa e hipertrofia de la diplomacia presidencial en términos de cultura política: la obsesión por traducir en normas regionales los acuerdos políticos de una Cumbre Presidencial aunque luego estas normas acaben no entrando en vigor.

2.3 Redistribución de los ingresos mediante transferencias presupuestarias y Actividades públicas

El MERCOSUR no ha utilizado el instrumento de la redistribución de los ingresos mediante transferencias presupuestarias. Pero si ello es fácilmente explicable e incluso justificable, no parece tener demasiada justificación que la hipertrofia normativa y del uso y abuso de la diplomacia presidencial vaya acompañada por una casi completa ausencia de actividades públicas llevadas a cabo en el plano regional. Con quince años de perspectiva, parece indudable que el MERCOSUR se habría desarrollado mucho mejor si, desde un comienzo, se hubiera decidido producir menos normas y hacer menos ejercicios diplomáticos y, en cambio, se hubieran hecho más cosas conjuntamente. Esta crítica debe ser planteada de manera enérgica, sobre todo porque campos posibles de actuación no faltan, desde las infraestructuras a la gestión de los recursos naturales y el medio ambiente, y nadie puede discutir las sinergias y economías de escala capaces de ser generadas por una actuación común y cooperativa.

En este sentido, cabe destacar que el Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR, creado y reglamentado por las Decisiones 45/2004, 18/2005 y 24/2005, no se orienta, de hecho, a la promoción de actividades públicas comunes. Es más bien una mezcla de Fondo de Cohesión y de Fondos Estructurales a la europea donde se distribuyen fondos a los Estados miembros en función de criterios referidos a cada Estado tomado en su conjunto (al estilo del Fondo de Cohesión) pero en donde todos los Estados son a la vez donantes y receptores, aunque sea en proporciones muy diferentes (al estilo de los Fondos Estructurales). Es, pues, más un mecanismo de redistribución de ingresos por vía de transferencias presupuestarias que un mecanismo de promoción de actividades públicas conjuntas (lo cual es un error). En cualquier caso, deberá esperarse a su entrada en vigor, la cual parece dudosa en las actuales circunstancias. En este sentido, no puede dejarse de subrayar que, mientras la Decisión 24/2005 que reglamenta el Fondo prevé su internalización y entrada en vigor 30 días después de la entrada en vigor de la Decisión 18/2005 que crea el Fondo, esta última ni tan sólo se digna fijar un plazo para su propia internalización y entrada en vigor.

3. Dimensiones

3.1 Dimensión externa

En teoría, la dimensión externa ha sido siempre esencial en el MERCOSUR, que en todo momento se ha presentado como un “mecanismo de inserción en el mundo” y se ha concebido como un proyecto de Unión Aduanera (UA). A la incapacidad de consolidar dicha Unión Aduanera en los plazos y condiciones inicial-

mente previstos se ha respondido añadiendo simplemente el adjetivo “imperfecta” al sustantivo “Unión Aduanera” (lo cual da a entender que, allí donde no hay “agujeros” o “perforaciones” y el arancel común se aplica, MERCOSUR sería una UA “perfecta”).

Detrás de esta perspectiva parece latir una visión estrictamente “economicista” muy extendida según la cual una UA no es otra cosa que una Zona de Libre Comercio (ZLC) con un Arancel externo común. Y subyace a esta visión la idea de que lo único que cuenta es la “preferencia arancelaria”, es decir la diferencia entre el arancel intrazona (destinado a reducirse a cero) y el arancel extrazona (común y superior a cero), siendo la función del arancel común simplemente la de garantizar que dicha preferencia no se erosiona con actuaciones unilaterales de los Miembros.

Esta visión olvida que una ZLC con un arancel externo común es simplemente esto: una ZLC cuyos miembros tienen un arancel común (o más o menos común). Una UA es otra cosa y es así como la define el artículo XXIV del GATT: es un territorio aduanero único en el que se funden los territorios aduaneros de las partes. Y esta definición jurídica tiene un profundo sentido económico y político: En primer lugar, sólo en tanto que territorio aduanero único una UA es realmente un mercado ampliado visto desde el exterior. En segundo lugar, es la exigencia de constituir un territorio aduanero único lo que imprime una verdadera dinámica integracionista al proceso de liberalización del comercio intrazona entre sus Miembros. Esta es, junto a la argumentación sobre el mecanismo de integración en el mundo, la circunstancia que da verdaderamente sentido a la discusión política sobre la alternativa ZLC-UA: una UA exige crear unos instrumentos jurídicos e institucionales que no son necesarios para que una ZLC funcione correctamente, y estos instrumentos van mucho más allá del establecimiento de un arancel externo común.

La constitución de un territorio aduanero único exige el reconocimiento de un principio: el de la libre circulación (o “libre práctica”, en un galicismo) en todo el territorio de las mercancías importadas de países terceros, sea cual sea el punto de entrada en el territorio. Evidentemente, esta libre circulación está condicionada a la existencia de un régimen común o único de importación.

Es este principio de libre circulación de las importaciones (entronizado en los artículos 9 y 10 del Tratado de Roma constitutivo de la CEE) el que ha faltado siempre en el derecho primario del MERCOSUR. El MERCOSUR sigue estando compuesto por cuatro territorios aduaneros distintos y separados, incluso cuando los aranceles aplicados al comercio extrazona son iguales; por tanto, ni tan sólo en este caso es una Unión Aduanera.

Durante muchos años, toda la discusión en el marco del MERCOSUR sobre la UA se había concentrado en la determinación del arancel externo común. Es cierto que ya en 1994 se había redactado un Código Aduanero común, pero también lo es que este Código Aduanero, concebido como un añadido incorporado al Tratado de Asunción, nunca ha entrado en vigor. De hecho la discusión sobre el territorio aduanero común sólo ha adquirido prioridad como resultado de la insistencia de la Comisión Europea en el marco de las negociaciones en curso del MERCOSUR y su

Estados Parte con la Comunidad Europea y sus Estados Miembros¹⁶. Si se han de crear informaciones en principio confidenciales pero ampliamente difundidas, la Comisión ha exigido, en efecto, que las exportaciones de la Comunidad pudieran acceder al “mercado del MERCOSUR” en su conjunto, como las del MERCOSUR acceden a las del mercado de la Comunidad.

En el marco del MERCOSUR, el problema de la inexistencia de un territorio aduanero único se ha planteado en los últimos años como el del “doble cobro” del arancel a pagar por las mercancías de países terceros que, tras haber entrado en el territorio aduanero de un Estado Parte, deberían penetrar en el de otro Estado Parte. Este problema ha sido finalmente tratado por la Decisión 54/2004 del Consejo la que parece que no ha entrado aún en vigor. En su artículo 1, la Decisión establece que “Los bienes importados desde terceros países por un Estado Parte del MERCOSUR, que cumplan con la política arancelaria común del MERCOSUR, recibirán el tratamiento de bienes originarios, tanto en lo que respecta a su circulación dentro del MERCOSUR, como a su incorporación en procesos productivos, en los términos definidos en la presente Decisión y sus reglamentaciones”. Pero en su artículo 2 restringe drásticamente el alcance de esta regla al establecer que “Recibirán el tratamiento de bienes originarios, en los términos del artículo 1, los bienes importados desde terceros países a los que se aplique un Arancel Externo Común de 0% en todos los Estados Partes. El mismo tratamiento se aplicará a aquellos bienes a los cuales los Estados Partes apliquen, cuatripartita y simultáneamente, el 100 % de preferencia arancelaria en el marco de los acuerdos suscritos por el MERCOSUR, cuando los mismos sean originarios y provenientes del país o grupos de países a los que se otorguen dicha preferencia”. En otras palabras, el “doble cobro” del arancel sólo se elimina cuando no hay arancel a cobrar y aún ello depende de una reglamentación a elaborar por la Comisión del Comercio del MERCOSUR (ver artículos siguientes de la Decisión). A cambio, la Decisión postpone al 2008 la aprobación y entrada en vigencia del Código Aduanero del MERCOSUR (¡ya aprobado en 1994!) y la definición de un mecanismo de distribución de la renta aduanera y de los mecanismos administrativos complementarios.

El análisis de esta Decisión parece permitir tan sólo dos interpretaciones (no necesariamente excluyentes). Según la primera, se trataría de la típica decisión para salir del paso y poder afirmar que el tema se ha tratado y cuyo único efecto útil es darse un plazo hasta 2008 para no retomarlo. Según la segunda, se trataría de una reacción a la ya comentada insistencia de la Comisión Europea en la exigencia de que, para llevar a buen puerto las negociaciones UE-MERCOSUR actualmente en curso, “MERCOSUR debe ser de verdad una Unión Aduanera, es decir, un territorio aduanero único, al menos para las mercancías exportadas desde la Comunidad Europea”. En efecto, como, salvo excepciones, las exportaciones de la CE cumplirían las condiciones establecidas en el artículo 2 de la Decisión, ellas serían consideradas “bienes originarios de los Estados Miembros del

16 En el tiempo, la insistencia de la Comisión se dio, o al menos aumentó, tras la entrega del trabajo mencionado en la nota 22.

MERCOSUR” una vez despachadas en Aduana en cualquier Estado Miembro. Si esta segunda interpretación es correcta, no sería sorprendente que la Decisión sólo acabara entrando efectivamente en vigor si dichas negociaciones concluyen con éxito.

Más allá del proceso de creación de la UA, la funcionalidad del MERCOSUR como instrumento de inserción común en el mundo ha sido sólo parcial. En mayor o menor grado y con altibajos en el tiempo, los cuatro Estados Parte han mantenido sus acuerdos bilaterales con terceros países y han negociado algunos nuevos. Y si bien es cierto que, a pesar de ello, ha habido un cierto grado de acción conjunta en distintas negociaciones internacionales, también lo es que en muchos casos esta actuación conjunta ha sido provocada desde fuera, en particular desde la Unión Europea, que la ha exigido para la prosecución de las negociaciones en curso, pero también en el marco del ALCA como resultado de la presentación por Estados Unidos de una oferta de liberalización para el MERCOSUR distinta de las presentadas al resto de participantes.

La conclusión es clara: el MERCOSUR sigue “funcionando, esencialmente, como una Zona de Libre Comercio”¹⁷. No parece que esta situación vaya a cambiar en el futuro, en particular mientras el proceso de adhesión de Venezuela siga abierto. Más bien parece que dicha adhesión, así como los procesos de “asociación” con otros Estados de América del Sur y del Norte (México), pueden acabar liquidando completamente la dimensión externa del MERCOSUR, que acabaría convirtiéndose en un marco de cooperación entre sus Estados miembros, que se solaparía con otros marcos y dejaría a otras iniciativas el rol de “posicionamiento en el mundo”. Es así, al menos, como tiende a percibirse desde el exterior la orientación de Brasil en estos últimos tiempos y su obsesión por liderar el G 20 y crear la Comunidad Sudamericana de Naciones, iniciativas que, sin duda, dejan completamente de lado al MERCOSUR como instrumento de inserción en el mundo. En el momento actual, el MERCOSUR tan sólo parece existir efectivamente como “bloque regional” en el marco de las negociaciones en curso con la Comunidad Europea y sus Estados Miembros.

3.2 Contenido efectivo

Faltan estudios suficientes para poder analizar el contenido del MERCOSUR y compararlo con el de las obligaciones ya asumidas en otros marcos internacionales (sobre todo el de la OMC) y así poder determinar su “contenido efectivo”. Como material de base, falta un instrumento como un directorio, que permita ser utilizado para clasificar y analizar legislación¹⁸.

17 Ver las conclusiones de Berlinski, Kume, Vaillant et al. (2005).

18 El directorio del INTAL, ciertamente valioso a efectos documentales, no está pensado a fin de permitir esta labor de análisis y no sido utilizado para ello. El directorio elaborado en el marco del estudio antes citado para la Comisión y ahora actualizado para los fines del presente capítulo sólo tiene un carácter preliminar y debería ser discutido y contrastado.

Comercio de bienes

La única área en la que MERCOSUR ha alcanzado un significativo “contenido efectivo” respecto a los acuerdos OMC es la de la liberalización intrazona del comercio de bienes, bien discutida en Berlinski, Kume, Vaillant, et al. (2005). Y ello es tanto más importante cuanto, como es bien sabido, los aranceles consolidados en el GATT eran mucho mayores a aquellos efectivamente aplicados. Por lo tanto, el incremento en el nivel de compromisos asumidos en el contexto del MERCOSUR es mucho mayor que el de las preferencias que resultan cuando las mismas son comparadas con los aranceles efectivamente aplicados.

En otros temas incluidos en los Acuerdos del Anexo 1 A del GATT –todos ellos relacionados con el comercio de bienes–, la tendencia ha sido más bien la de dejar a un lado el objetivo inicial de alcanzar reglas más profundas y, simplemente, retomar en el marco de MERCOSUR las obligaciones previamente contraídas en el GATT. Este ha sido el caso en las áreas de Barreras Técnicas al Comercio, Estándares Sanitarios y Fitosanitarios y Antidumping y Medidas Compensatorias. En todos ellos, el MERCOSUR se ha limitado a adoptar el correspondiente acuerdo de la OMC y, por lo tanto, su contenido efectivo es nulo.

En términos de procedimiento, este enfoque permite que las disputas sean llevadas al mecanismo de solución de controversias previsto por MERCOSUR. En substancia, sin embargo, no contribuye al establecimiento de un marco legal integrado, ya que los acuerdos de la OMC ya habían sido aprobados por los Estados Miembros, lo cual, por otra parte, no garantiza la existencia de ningún marco uniforme para el MERCOSUR. En efecto, dichos acuerdos no están pensados para ser “transpuestos” en legislación doméstica sino simplemente para limitar su contenido. Por tanto, la legislación interna puede continuar –y continuar– difiriendo entre los Estados Miembros de MERCOSUR (y el resto de miembros de la OMC) con tal que los límites establecidos por los acuerdos multilaterales no sean violados.

En materia de estándares sanitarios y fitosanitarios específicos, el MERCOSUR ha producido una gran cantidad de piezas de legislación, muchas de las cuales no han entrado aún en vigor, que deben ser examinadas cuidadosamente por especialistas a fin de evaluar el alcance de su “contenido efectivo”, en la medida en que exista, porque, por ejemplo, parece que las normas sobre estándares fitosanitarios simplemente recopilan las 16 normativas heterogéneas de los cuatro Estados miembros –es decir, para cada uno de los Estados miembros, la aplicable a los otros tres países y las específicas para cada uno de ellos–.

En relación al comercio extra-zona, el único resultado significativo ha sido, como ya se analizó, una cierta armonización de aranceles externos, pero muy poco se ha avanzado en otras áreas, desde los procedimientos aduaneros a las medidas de defensa comercial.

La evolución de los últimos años ha empeorado más bien la situación, sobre todo porque ha puesto de manifiesto una nueva insuficiencia del derecho del

MERCOSUR: su incapacidad para regular la eliminación de las restricciones a la exportación¹⁹. Efectivamente, el argumento de que, en la gravísima crisis que siguió en Argentina al colapso del régimen de convertibilidad, la introducción de retenciones o impuestos sobre las exportaciones²⁰ estuviera plenamente justificada desde el punto de vista económico no contradice la consideración de que tal introducción viola gravemente los principios de la liberalización intrazona. Se hace referencia a los “principios” y no a las reglas jurídicas porque si bien el artículo 1 del Tratado de Asunción prevé la “libre circulación de bienes ... entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente” sin restringirse a las medidas aplicables sólo a las importaciones, también es cierto que su artículo 5 y el Anexo I (donde figuran propiamente las reglas jurídicas) sólo prevén “un Programa de Liberación Comercial, que consistirá en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas” y dejan de lado las restricciones a la exportación.

Sea como sea, este importantísimo desarrollo reciente tan sólo demuestra dos cosas:

- la importancia de la estructura de ingresos del Estado como precondition de los procesos de integración regional, comentada en el capítulo I;
- que el contenido efectivo del MERCOSUR, incluso en el área del comercio intrazona de bienes, es menor de lo que comúnmente se piensa.

*Servicios*²¹

En diciembre de 1997, el Consejo Mercado Común (CMC) aprobó el Protocolo sobre Comercio de Servicios del MERCOSUR, a través del cual los países miembros se comprometían a liberalizar completamente los flujos comerciales de servicios en un periodo de diez años a partir de la entrada en vigor del instrumento a

19 Conviene recordar en este sentido que los artículos decisivos relativos a la liberalización del comercio intrazona en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (los antiguos artículos 9 y 12) se refieren a la prohibición/eliminación de los derechos no sólo a la importación sino también a la exportación. La importancia de no olvidar el régimen de las exportaciones al tratar la política comercial es evidente si realmente asumimos que la “lógica” del comercio internacional debe ser comprendida desde la perspectiva de las importaciones (siendo las exportaciones, ante todo, un mecanismo que nos permite disponer de capacidad de pago para poder importar). Desde esta perspectiva, los impuestos a la exportación intrazona menoscaban los beneficios a obtener de un proceso de integración regional tanto o más que los aranceles sobre las importaciones. Convendría quizá por ello que esta cuestión fuera retomada en una nueva edición de un trabajo tan completo como el de Berlinski, Kume, Vaillant, et al. (2005).

20 Establecidas por la Resolución 11/2002 del Ministerio de Economía e Infraestructura de Argentina, publicada en el Boletín Oficial del 5 de marzo de 2002

(<http://infoleg.mecon.gov.ar/infoleginternet/anexos/70000-74999/72667/norma.htm>).

21 Esta sección sobre Servicios retoma el análisis efectuado por da Motta (2005).

través de rondas de negociaciones anuales. El protocolo establece que cada país miembro concederá de forma inmediata e incondicional el trato de NMF a los prestadores de servicios de los demás países miembros, mientras que los beneficios de trato nacional y de acceso al mercado se limitarían a los sectores y modalidades de prestación definidos en las listas nacionales de compromisos específicos, que serán presentadas y negociadas anualmente. Siguiendo la línea del GATS, el Protocolo subregional de servicios excluyó de su ámbito las compras públicas de servicios, que deberían ser reguladas por una normativa específica.

A mediados de 1998, fueron aprobadas las primeras listas de compromisos específicos presentadas por los Estados miembros, que incluían los sectores de servicios profesionales, de servicios de comunicación, de distribución, de construcción e ingeniería, financieros, de turismo y de transporte. Hasta mediados del 2003, habían sido realizadas y concluidas, al amparo del Protocolo, tres rondas de negociaciones y profundización de compromisos específicos. En estas rondas sucesivas las negociaciones habían estado orientadas a: a) consolidar en el Protocolo el *status quo* de los marcos reguladores nacionales en sectores preestablecidos; b) aumentar la transparencia de las listas nacionales en sectores y modos de prestación no consolidados-aclarando las restricciones de acceso o al trato nacional realmente existentes; c) avanzar en la Ronda Multisectorial Restringida, que incluye servicios a empresas, de distribución, educativos y de turismo, sectores en los que los diferentes países deben presentar compromisos inmediatos y de aplicación en plazos establecidos.

La Resolución 13/2002, del Grupo Mercado Común (GMC), de abril de 2002, convocó la Cuarta Ronda de Negociaciones de Compromisos Específicos en Materia de Servicios, que concluyó en diciembre del mismo año. La IV Ronda completó, en todos los sectores, el ejercicio de consolidación del *status quo* regulador interno de los países-miembros. La V Ronda fue convocada al año siguiente y fue cerrada en diciembre de 2004²². En su conjunto, el resultado de las rondas de negociaciones ofrece un resultado GATS-*plus*, más acentuado en el caso de los países grandes que en el de los pequeños, cuyo nivel de compromisos es, en conjunto, menor. El resultado GATS-*plus* es especialmente significativo en materia de inversiones extranjeras directas (“presencia comercial” o “modo 3” en la jerga del GATS copiada por el Protocolo de Montevideo). Sin embargo, el carácter GATS-*plus* de los compromisos subregionales varía substancialmente de un sector a otro.

Pero la mayor insuficiencia del tratamiento de los servicios en el marco del MERCOSUR deriva del servilismo con que se ha seguido a rajatabla el enfoque del GATS. Ello ha engendrado dos limitaciones típicas de dicho enfoque (que quizá por ello se ha seguido de modo tan entusiasta):

- Al concentrarse exclusivamente en los temas de acceso al mercado y trato nacional, se han dejado casi completamente de lado los aspectos específicamente regulatorios, aquellos que verdaderamente permiten

22 No he podido estudiar sus resultados.

avanzar hacia un verdadero mercado interior y dan pie a una “integración profunda” (en ámbitos como los servicios financieros o la distribución de energía, para poner sólo dos ejemplos bien significativos).

- No se ha sido capaz de utilizar dicho enfoque para avanzar en la liberalización/integración sino que tan sólo ha servido para “consolidar el status quo”. Esta insuficiencia es mucho más grave en el plano regional que en el multilateral. En efecto, este último está diseñado no tanto para avanzar de manera imparable hacia la liberalización sino para establecer un “piso de liberalización” que no pueda ser perforado y evitar así las guerras comerciales. Esta no es, en cambio, la lógica de un proceso de integración regional que se pretende dinámico y cuya función es avanzar en la integración de los mercados. Desde este punto de vista, la negociación llevada a cabo en materia de servicios en el marco del MERCOSUR puede considerarse un completo fracaso: al centrarse exclusivamente en la consolidación del *status quo*, no ha añadido la menor liberalización efectiva respecto a lo ya decidido unilateralmente por cada Estado.

Movimiento de capitales y regulación de las actividades bancarias

La única normativa de MERCOSUR existente se refiere a la adopción de normas internacionales ya existentes, en particular a las de Basilea.

Inversiones extranjeras directas

Como es bien sabido, el Protocolo de Colonia sobre inversiones ni ha entrado ni entrará en vigor (quizá afortunadamente ya que dicho Protocolo es, de nuevo, una copia servil de otro instrumento internacional, mucho más pernicioso, sobre todo para Estados de América Latina, que el GATS copiado en el Protocolo de Montevideo: los Acuerdos Bilaterales de Inversiones).

Régimen aplicable a los trabajadores asalariados

Tampoco aquí hay ninguna normativa del MERCOSUR.

Otras áreas

El Directorio incluido en Bouzas, da Motta y Torrent (2002-2003) permite comprobar que el MERCOSUR ha abordado el tratamiento de otras cuestiones de manera dispersa. Es fácil constatar que, al menos en ciertos casos, transporte por ejemplo, dichas normas no son otra cosa que la inserción en MERCOSUR de nor-

mas elaboradas en contextos distintos y más amplios (Foros sobre Transporte en el marco de América Latina o de América del Sur).

Conclusión general

La conclusión general es que, al compararlo con las obligaciones ya asumidas por sus Estados miembros en otros marcos (sobre todo el marco multilateral), el “contenido efectivo” de la integración de MERCOSUR está concentrado en:

- La eliminación de aranceles intra-zona.
- Algunos compromisos más amplios y profundos en materia de acceso a mercados intrazona y trato nacional en el área de servicios, en la medida en que el Protocolo de Montevideo y sus anexos entran vayan entrando en vigor, pero que no van más allá del mantenimiento del status quo previo decidido unilateralmente.
- Algunos esfuerzos para armonizar ciertos aspectos de la política comercial extra-zona, principalmente en materia de aranceles, así como un avance reciente hacia el reconocimiento del principio de la libre circulación de las mercancías importadas que puede estar condicionado a la finalización exitosa de las negociaciones en curso con la Comunidad Europea y sus Estados Miembros.
- Cierta grado de armonización de estándares y normas técnicas.
- Ciertos avances sumamente limitados en otras áreas no directamente ligadas al avance hacia un mercado común.

3.3 Fortaleza

Como se ha indicado en el capítulo I, la fortaleza de un proceso de integración regional depende esencialmente de dos factores: la credibilidad y eficacia del derecho y el grado de compromiso político.

Credibilidad y eficacia del derecho, con especial referencia al derecho secundario del MERCOSUR

Como ya se ha indicado, parece que ha funcionado mucho mejor el derecho primario del MERCOSUR que el derecho secundario. Por tanto, es procedente examinar la naturaleza de dicho derecho secundario para ver si en ella se descubren algunas de las causas de su relativo fracaso. Hay que precisar, en este contexto, que se trata del derecho secundario del MERCOSUR en sentido estricto; es decir, no aquellos actos que simplemente son nuevas emanaciones de derecho primario en

tanto que añadidos al Tratado de Asunción o acuerdos paralelos al mismo (ver Anexo I).

Antes de entrar en este examen, conviene aclarar algunos puntos respecto al porcentaje de internalización de las normativas que integran dicho derecho secundario. En primer lugar, debe recordarse (y criticarse) que, salvo por un breve periodo intermedio, dichos datos hayan sido y sigan siendo secretos. Evidentemente, se trata del típico secreto a voces (porque es muy fácil procurarse diversos “listados de internalización”) con todos los defectos técnicos que ello lleva aparejado: falta de concordancia entre las listas y errores en ellas. Pero, más allá de estos defectos, hay que subrayar la manera falaz en que los datos globales son presentados. En efecto, es habitual presentar los datos de internalización en porcentaje. Dichos porcentajes no comparan las normas efectivamente internalizadas con el total de normas que requieren internalización sino las normas entradas en vigor con el total de normas producidas. ¡Pero muchas de las normas producidas son normas que no requieren internalización, en muchos casos porque son simples decisiones internas o de procedimiento, creación de grupos de trabajo, encargo de estudios, nombramientos o firma de convenios de financiación con agencias internacionales de cooperación!²³ Si se efectúa la comparación verdaderamente relevante, es decir la de las normas internalizadas sobre el total de las que exigen internalización, los porcentajes de internalización se reducen a menos de la mitad respecto a los normalmente presentados en público. Es difícil dar datos exactos por la falta de concordancia entre las listas de internalización obtenidas pero los porcentajes no llegan al 25 % para el periodo trienal 2002- 2004.

Para afinar más el análisis deberían tenerse en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, la ya discutida respecto a que, precisamente en la mayoría de los casos más relevantes, las “normas a internalizar” no son normas de derecho secundario sino nuevos acuerdos internacionales, a ratificar según los mismos procedimientos utilizados para la aprobación del Tratado de Asunción. En segundo lugar, que un buen número de las normas a internalizar son simplemente normas que sustituyen y derogan normas anteriores y, por tanto, tampoco aumentan el contenido efectivo del MERCOSUR.

Tras estas aclaraciones, puede procederse al examen de la naturaleza del derecho secundario del MERCOSUR, lo cual no es tarea fácil. En vista de que el debate regional y académico ha sido viciado por algunos malentendidos acerca de la naturaleza del “derecho de la integración regional” en general y acerca de la naturaleza del derecho comunitario europeo en particular, se hace necesario realizar algunas consideraciones preliminares. Muchos de estos malentendidos están basados en la idea de que el derecho de la integración regional (o al menos el europeo) es una especie de “*tertium genus*” entre el “derecho para los Estados” y el “derecho

23 Para dar sólo un ejemplo, un 2% y un 2,5 % de las resoluciones del Grupo Mercado Común en 2003 y en 2005, respectivamente, se ha dedicado a prorrogar la edad de jubilación de un funcionario de la Secretaría del MERCOSUR. En las estadísticas en términos porcentuales que se hacen públicas, dichas resoluciones figuran como normativa entrada en vigor, o, peor aún, como normativa internalizada. Los ejemplos de este tipo podrían multiplicarse.

para los particulares”. Este enfoque confunde el tema de la creación de obligaciones para los Estados con el referido a la aplicación de la ley a (o el hacer que sus efectos sean sentidos por) los particulares. Y esto impide la percepción del primer y mayor desafío para el derecho de la integración regional (en general y muy en particular en América Latina), a saber: la creación de obligaciones para los Estados, cuyo contenido sustantivo ya acabará siendo aplicado a los individuos si los Estados cumplen sus obligaciones.

La noción de “supranacionalidad” como característica distintiva de la integración europea ha agravado este malentendido. La distinción entre “supranacionalidad” e “intergubernamentalismo” –referida a la existencia o no de un mecanismo internacional para producir derecho secundario que obligue a los Estados independientemente de un acto nacional de aceptación, ratificación o internalización–, se ha confundido, por un lado, con el tema de la composición de los órganos o instituciones que crean dicho derecho y, por el otro, con los efectos que dichas normas tienen sobre los individuos. Conviene, pues, aclarar estas dos confusiones.

Cuando existe un mecanismo de creación de derecho secundario, la naturaleza de la normativa no depende ni de la composición específica de las instituciones que lo producen, ni de los procedimientos que dichas instituciones sigan. La naturaleza del derecho comunitario europeo no se ve alterada por el hecho de que sea el Consejo, un órgano de composición intergubernamental, la institución que lo dicta en base a una propuesta de la Comisión, y con grados variables –o nulo– de participación del Parlamento. De la misma manera, la naturaleza del derecho comunitario europeo permanece invariable independientemente de que el Consejo actúe por unanimidad o por votación mayoritaria y sigue permaneciendo igual independientemente de que sea el Consejo o la Comisión la institución encargada de producir las normas de ejecución o bien sean los propios Estados miembros quienes las dicten.

Una vez que el derecho de la integración ha sido creado y ha entrado en vigor, la cuestión acerca de su aplicabilidad directa a los individuos permanece abierta. La interpretación más difundida en los círculos informados del MERCOSUR es que el derecho comunitario europeo se caracteriza por ser inmediatamente aplicable. Esto no es correcto. De hecho, tan sólo los reglamentos son directa e inmediatamente aplicables. Ni las directivas ni el derecho primario (los Tratados) lo son. La CE legisla principalmente a través de reglamentos en ciertas áreas (política comercial, pesca, agricultura, cuestiones monetarias), mientras que en otras, tales como la armonización de las legislaciones nacionales, lo hace a través de directivas que no son aplicables inmediatamente.

Por último, el tema del “efecto directo” de una pieza de legislación internacional –supranacional o intergubernamental– (en el sentido de hacer posible su invocación ante una jurisdicción) es diferente, en general y en el caso específico del derecho comunitario europeo, del de su “aplicabilidad directa”. Hay disposiciones legales de la CE que no son directamente aplicables a los individuos, pero que pueden ser invocadas ante la jurisdicción comunitaria y las jurisdicciones nacionales. Otras ni son inmediatamente aplicables ni tienen tal efecto directo.

Las directivas de la CE, por ejemplo, no son directamente aplicables a los individuos. Sin embargo, debido a que el derecho de la CE tiene vocación de convertirse en un “derecho para los individuos”, los Estados están obligados no simplemente a “aplicarlas” sino a “transponerlas”, es decir, tener en vigor una pieza (o piezas) de legislación nacional que incluyan el contenido normativo de las directivas, a fin de asegurar que dicho contenido es “entregado” a los individuos en las mismas condiciones y con los mismos atributos de cualquier otra pieza de legislación nacional. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha rechazado sistemáticamente la alegación de los Estados Miembros de que “ya aplican la directiva en todos los casos específicos”. Bien al contrario, el TJCE se ha concentrado en si la legislación nacional necesaria para dar a las directivas “plena aplicabilidad” a los particulares existe o no.

Sin embargo, las disposiciones contenidas en las directivas de la CE tienen, en algunos casos, efecto directo (también denominado “eficacia directa”), aun si no son inmediatamente aplicables. Debe subrayarse que el TJCE no reconoce efecto directo a directivas en su totalidad, sino sólo a disposiciones específicas de ellas. La razón es que el efecto directo de una tal disposición no depende de la naturaleza formal del acto –como es el caso de la aplicabilidad directa que sí poseen los reglamentos por el simple hecho de serlo e independientemente de su contenido–, sino de su contenido substantivo. Así, cuando su contenido es claro, preciso e incondicional, una disposición puede ser invocada por los particulares ante una jurisdicción para dejar sin efecto normas nacionales que los perjudiquen y la contradigan en el marco de una relación particular-Estado. Conviene precisar, nuevamente para evitar malentendidos, que tan sólo en este sentido existe un “efecto directo”. Así, si una disposición de una directiva, por ejemplo, regula los derechos respectivos de accionistas mayoritarios y minoritarios dentro de una sociedad anónima, dicha disposición no tiene “efecto directo” en un litigio entre particulares por muy clara, precisa e incondicional que fuere.

La naturaleza de las directivas puede explicarse mejor, a fin de compararla con la naturaleza de la legislación del MERCOSUR, a través de un ejemplo. Supongamos una directiva de la CE o una resolución del MERCOSUR emanada de su GMC sobre el uso de pesticidas en la producción agrícola que reemplazaran una normativa anterior más permisiva: la nueva normativa regional fue adoptada el 31 de diciembre de 2000 y establecía como fecha límite para su transposición en legislación nacional el 31 de diciembre de 2003.

La directiva, como “ley para los Estados”, entró en vigor inmediatamente el 1 de enero de 2001 (o en una fecha posterior, si así lo establece). La obligación de los Estados Miembros consistía en deber tener en vigor a más tardar el 31 de diciembre de 2003 una pieza de legislación nacional aplicable a los individuos y con el contenido establecido por la directiva.

Cada pieza de legislación nacional que transpusiera la directiva establecería una fecha para su entrada en vigor (o bien quizá una tal pieza ya existía). Esa fecha puede ser anterior al 31 de diciembre de 2003, pero no posterior. La situación típica

será, por tanto, que la mayoría de los Estados tendrán su pieza de legislación en vigor antes del plazo establecido (o para esa fecha, como máximo). Si un Estado Miembro no tiene su legislación nacional dictada para esa fecha, estará violando el derecho comunitario. Aun así, este hecho no habrá impedido que otros miembros se ajusten al derecho comunitario, “dando vida” al contenido de la directiva respecto a los particulares a través de su respectiva legislación nacional.

Esta lógica es bien diferente de la que prevalece en el MERCOSUR. De hecho, la naturaleza exacta del derecho secundario de MERCOSUR ha sido poco clara desde 1991 hasta 1994²⁴. Esta es la razón por la que los artículos 38 a 42 del Protocolo de Ouro Preto (1994) intentaron clarificarla. El artículo 40 establece que, a fin de alcanzar la entrada en vigor simultánea de la legislación de MERCOSUR en todos los Estados miembros, los actos legales del MERCOSUR solo entrarán en vigor 30 días después de que la Secretaría Administrativa del MERCOSUR haya notificado que han sido internalizados por todos los Estados miembros²⁵.

En el artículo 40 se solapan dos cuestiones. Una es la referida a la entrada en vigor de la legislación del MERCOSUR como derecho para los Estados. La otra es la aplicabilidad de la legislación del MERCOSUR a los individuos. Este solapamiento puede dar origen a tres interpretaciones diferentes. Una posible interpretación es la propuesta por el tercer laudo arbitral en la disputa entre Argentina y Brasil sobre salvaguardias (2000). Si la aplicáramos al ejemplo que analizamos, la resolución habría entrado en vigor tan sólo cuando ha sido transpuesta por todos los Estados miembros (es decir, ha sido incorporada como derecho nacional) y todas las notificaciones requeridas han sido realizadas. Mientras tanto, la resolución no ha entrado en vigor ni como derecho para los Estados ni como derecho para los individuos.

Una segunda interpretación es la propuesta por el cuarto laudo arbitral en la disputa entre Brasil y Argentina sobre medidas antidumping aplicables a los pollos (2001). Esta interpretación, retomada por otros laudos posteriores, acepta que la resolución no es aplicable a los individuos porque eso debe ser simultáneo en todos los Estados miembros y requiere que se hayan realizado los procedimientos de transposición y notificación antes descritos. Sin embargo, este cuarto laudo arbitral

24 Ver sobre esta cuestión extremadamente importante el punto ix del capítulo III.

25 “Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

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

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

iii) *Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Parte 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Parte, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.*” (cursiva añadida)

establece que los Estados miembros tienen la obligación de internalizar la norma antes de la fecha fijada (31 de diciembre de 2003 en nuestro ejemplo) y que el que no lo ha hecho puede ser denunciado por otros Estados miembros por incumplimiento de sus obligaciones. Parecería a algunos que esta interpretación convierte el derecho del MERCOSUR en algo equivalente al derecho comunitario europeo por lo que se refiere a la naturaleza y efectos de las directivas. Pero no es así. De hecho, aun en esta interpretación, la resolución no entra en vigor hasta que ha sido incorporada como derecho nacional por todos los Estados miembros. Consecuentemente, si para el 31 de diciembre de 2003 la nueva resolución no hubiera sido internalizada por todos los Estados miembros (y, por lo tanto, no hubiera entrado en vigor), la resolución preexistente (más permisiva en el uso de pesticidas) permanecería en vigor. Como resultado, es esta resolución previa (y la legislación nacional que la internaliza) la que debe ser aplicada por todos los Estados miembros, ¡incluyendo aquellos que ya han internalizado la nueva norma y que estarían listos para aplicarla! Si esos Estados miembros que “ya han hecho su tarea” y han internalizado la nueva norma regional más restrictiva aplicaran la nueva normativa, existiría una contradicción entre el orden legal del MERCOSUR, en el que la vieja resolución permanecería en vigor, y el orden legal nacional en el que la nueva legislación ya sería de aplicación. Los derechos asegurados indirectamente a los productores por la antigua norma del MERCOSUR (aún en vigor) estarían siendo violados por la nueva norma nacional.

En una tercera interpretación, la entrada en vigor de los actos legales del MERCOSUR sería independiente de la existencia de legislación nacional que internalice su contenido y la haga aplicable a los individuos. Esta interpretación, que sí reconduciría el derecho del MERCOSUR al precedente del derecho comunitario europeo, fue sugerida por Cozendey (2002) y, a pesar de la habilidad e inteligencia con que fue presentada, es difícil de sostener sobre la base de la presente redacción del artículo 40 de protocolo de Ouro Preto, sobre todo teniendo en cuenta las interpretaciones que ya se han propuesto del mismo y la práctica que ha originado. En cualquier caso, ningún laudo arbitral ha ido tan lejos en esta dirección.

Como sucede muy a menudo en estos temas “jurídico-constitucionales”, la discusión se plantea con aún mayor claridad en términos estrictamente políticos, referidos en este caso a la dinámica de la integración. En el caso del MERCOSUR, e incluso con la segunda interpretación acabada de mencionar, la aplicación efectiva de la nueva norma debe esperar hasta que el Estado más renuente haya cumplido con su obligación. En el caso del derecho comunitario europeo, sucede exactamente lo contrario: la nueva norma comienza a cobrar vida en el mundo real desde el momento en que el Estado más entusiasta la ha transpuesto.

En cualquier caso, parece no ofrecer dudas cuál ha sido el “efecto útil” del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto. Para alcanzar su pretendido objetivo, que la normativa del MERCOSUR se aplique simultáneamente a los particulares en todos los Estados sin así perjudicar a aquellos Estados que han sido más rápidos en la internalización, resulta absolutamente innecesario: en efecto, si un Estado quiere

internalizar la norma regional y al mismo tiempo postponer su entrada en vigor hasta comprobar que los otros Estados también lo han hecho, puede perfectamente hacerlo, mediante una fórmula del tipo de la puesta a punto y aplicada en algunos casos por el propio Gobierno argentino, fórmula que establece esta especie de condición suspensiva para la entrada en vigor de la norma nacional. El efecto útil del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto es otro:

- En primer lugar, el de engendrar un doble poder de veto sobre la normativa regional. En una primera fase, en el momento de su aprobación por los órganos del MERCOSUR, que deben decidir por consenso; y, en una segunda fase, al internalizar o no la normativa bloqueando, en el segundo caso, su entrada en vigor como normativa regional.
- En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el de enviar al limbo del “pendiente de internalización” toda la producción normativa del MERCOSUR. La salida del limbo sólo se produce cuando la normativa del MERCOSUR ya se ha convertido en normativas nacionales y, por lo tanto, es bien poco relevante en tanto que normativa regional (salvo incumplimiento: ¿pero para qué incumplir si es tan fácil pura y simplemente no internalizar?)
- En tercer lugar, el de acentuar la tendencia a la irresponsabilidad de los órganos del MERCOSUR (pues saben que, salvo posterior internalización, sus decisiones serán, en el fondo, desprovistas de consecuencias) y la separación entre ellos y los Ministerios, Gobiernos y Parlamentos de los respectivos Estados Miembros, que saben que no deben preocuparse demasiado de lo que sucede en el marco del MERCOSUR porque ya disponen del “segundo veto” en el momento de la internalización.

Compromiso político

Dos comentarios sobre la evolución más reciente del MERCOSUR resultan significativos porque demuestran una gran falta de compromiso político que acentúa la falta de credibilidad del derecho del MERCOSUR.

El primero va más allá de la anécdota. Todo el mundo recuerda cómo se celebró como un paso significativo en la “institucionalización del MERCOSUR” la transformación de su Secretaría “Administrativa” en Secretaría “Técnica” y la integración en ella de un cierto número de funcionarios (por extremadamente reducido que fuera su número). Pues bien, el caso es que la Decisión de diciembre de 2005 (Decisión 27/2005) de nombramiento de José Ernesto Büttner como director de la Secretaría conserva en su título la denominación de “Secretaría Administrativa” y es en calidad de director de la misma que Büttner es nombrado. Podría justificarse esta circunstancia por el hecho de que la denominación de la Secretaría está establecida en el derecho primario del MERCOSUR (Protocolo de Ouro Preto)

y la Decisión 30/2002 simplemente pretendía iniciar el proceso de transformación de la misma en “Secretaría Técnica”. Sin embargo, este argumento formal parece bien poco convincente cuando se tienen en cuenta tres contraargumentos: a) cuando vemos que ha habido tantos actos jurídicos del MERCOSUR que no han hecho otra cosa que crear nuevo derecho primario, es bien curioso que en tres años no se haya aplicado esta técnica a la modificación de la denominación de la Secretaría; b) no deja de ser significativo que la decisión de nombramiento de Büttner ni tan sólo se digne mencionar en su Preámbulo la referida Decisión 30/2002; y c) en cualquier caso, no deja de sorprender tanto purismo formalista en materia de denominación cuando, en cambio, en temas verdaderamente substantivos, el Grupo Mercado Común se sintió bien capaz de cometer la ilegalidad de suspender los efectos de dicha Decisión al retirar a la Secretaría la función de control de la consistencia jurídica de los actos del MERCOSUR que le había encomendado su Anexo I (ver punto 8 del Acta extraordinaria 1/05 del GMC).

El segundo se refiere a la reciente aprobación del denominado “Mecanismo de Adaptación Competitiva” (MAC) entre Argentina y Brasil²⁶. Un análisis detallado de los complejos procedimientos que instituye excedería los límites del presente capítulo. No obstante, es indispensable comentarlo brevemente como ejemplo reciente y definitivo de la falta de compromiso político hacia el proceso de integración del MERCOSUR de sus dos Estados miembros más potentes y del menosprecio hacia la posición de los dos más débiles. En efecto, el Mecanismo privilegia las relaciones entre Argentina y Brasil en el marco de ALADI a expensas de las reglas del MERCOSUR, manifiestamente violadas por la firma del MAC. Su artículo 29, que establece que “El presente Protocolo quedará sin efecto en el caso de entrada en vigencia de un instrumento similar en el ámbito del MERCOSUR”, parece casi una provocación: En efecto, ¿por qué no se ha planteado este mecanismo como un mecanismo del MERCOSUR (corrigiendo así lo que más adelante se analiza como un error inicial) y no como un mecanismo bilateral? ¿por el “riesgo” de que Brasil y Argentina pudieran aplicarlo en el caso de que las exportaciones de Uruguay o Paraguay causaran un “daño grave”²⁷ a las ramas de sus respectivas industrias nacionales o por el “riesgo” opuesto, es decir su aplicación por Uruguay o Paraguay? La respuesta parece obvia: se trata de no extender a Paraguay y Uruguay los derechos que se conceden Argentina y Brasil. Siendo ello así, el hecho de que los excluyentes se muestren dispuestos a liquidar su acuerdo bilateral si se llega a un acuerdo a cuatro con los excluidos parece la mejor prueba no sólo de la falta de compromiso con el MERCOSUR de los primeros sino de que la crisis del MERCOSUR ha llegado a tal nivel que ya no hace falta ni tan sólo camuflar tal falta de compromiso.

26 Protocolo de 1 de febrero de 2006 adicional al ACE 14 entre Argentina y Brasil relativo a “Adaptación competitiva, integración productiva y expansión equilibrada y dinámica del comercio”.

27 Según su artículo 1, el Protocolo se puede aplicar en caso de “daño importante o amenaza de daño importante a una rama de la producción nacional de un producto similar o directamente competidor del otro Estado Parte”. La noción de “daño importante” es definida en el artículo 3.

3.4 Dinamismo y capacidad de adaptación

Se subraya demasiado poco que, desde su inicio, el proceso de integración del MERCOSUR siguió un camino no previsto. Por un lado, las realizaciones más o menos previstas no llegaban o se demoraban, comenzando por el tema clave de los avances hacia una verdadera Unión Aduanera. Por otro, el proceso se expandía a ámbitos muy alejados del proceso de integración económica, desde la educación a la cooperación judicial.

En sí misma, esta evolución podría tener aspectos positivos al insuflar “más ciudadanía” al proceso y compensar una visión excesivamente economicista del mismo. Sin embargo, con quince años de perspectiva, lo que se detecta es más bien una pérdida de “foco” o de orientación. Y ello por dos razones fundamentales.

La primera es que muchos de los actos adoptados en áreas que van más allá de la simple integración de los mercados son actos relativamente vacíos, diseñados más bien para demostrar que “se habla” de estos temas pero sin real incidencia práctica. En este sentido, basta con tomar el repertorio de actos jurídicos relativos al tema del empleo adoptados en el periodo 2003-2005²⁸.

La segunda es que resulta al menos dudoso que Estados con sistemas internos relativamente frágiles puedan embarcarse con éxito en áreas como las de la cooperación en materia judicial y penal que en el marco europeo, por ejemplo, no se han planteado más que después de decenios de integración y aún así han resultado tremendamente difíciles de abordar. Así, si bien se puede comprender la lógica de discutir el tema del contrabando (Decisión 05/2003), no acaba de verse la lógica de embarcarse, por ejemplo, en un proyecto de “Acuerdo sobre Traslado de Personas

28 Recomendación del CMC 01/03: Dos artículos. Uno referido a que “los Estados Partes tengan en consideración el ‘Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre Formación Profesional’, que desarrolla el Art. 16 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, con la finalidad de servir como instrumento de armonización de criterios orientadores de la formación profesional y posibilitar el diseño y la implementación de políticas y de acciones nacionales en esa materia en bases comunes”. Y el segundo que dispone que “el GMC por intermedio del SGT N° 10, revisará periódicamente el *Repertorio*”

Recomendación del CMC 02/03: Un solo artículo que dispone que “que los Estados parte de MERCOSUR mantengan la cuestión del empleo con carácter prioritario en todas las instancias institucionales, cuyas decisiones tengan implicancias con dicha temática”.

Resolución del GMC 11/03: Tres artículos. El primer artículo vuelve a “instruir expresamente a los órganos auxiliares del GMC a mantener la cuestión del empleo con carácter prioritario en todas las instancias institucionales, cuyas decisiones tengan implicancias con esta temática”. Y los otros dos artículos “autorizan” la celebración de una “Conferencia Regional de Empleo”, “en el entendido que esto no implique ningún costo para el MERCOSUR”.

Resolución del GMC 41/03: Un solo artículo que modifica la fecha de la celebración de la “Conferencia Regional de Empleo”.

Decisión del CMC 45/04: (pomposamente denominada “Estrategia MERCOSUR de crecimiento del empleo”): Tres artículos que crean un Grupo de alto nivel.

Decisión del CMC 35/05: Toma nota con satisfacción del informe del GANEMPLE (Grupo alto nivel empleo) y prorroga el plazo originalmente establecido por la Decisión CMC N° 46/04 para la elaboración de una “Estrategia MERCOSUR de Crecimiento de Empleo”, la cual deberá ser presentada, a través del GMC, a la XXX Reunión del CMC.

Condenadas de los Estados Partes del MERCOSUR” y de “Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas de los Estados Partes del MERCOSUR, con la República de Bolivia y la República de Chile” (Decisión 34/2004).

La discusión de este problema tiene una importancia decisiva para el análisis de la evolución del MERCOSUR y las causas de su crisis. En efecto, plantea la cuestión de si el proceso descarriló como resultado de las divergencias en políticas y situaciones macroeconómicas (como tanta literatura políticamente correcta sostiene) o bien si, sin perjuicio de los efectos de dichas divergencias, el proceso fue mal concebido y dirigido desde un inicio, sin una visión clara de cuál debía ser su dinámica.

En este sentido, la ya mencionada aprobación del Mecanismo de Adaptación Competitiva entre Argentina y Brasil brinda un *test* extremadamente válido. O bien es un error su aprobación ahora o bien fue un error no haber previsto su necesidad en el pasado. Parece evidente que, si se hubiera previsto adecuadamente la evolución posible del proceso de integración, debería haberse previsto un mecanismo (preferentemente regional) de adaptación de las reglas de la liberalización comercial intrazona que evitara que la adaptación se hiciera por la vía de la violación de dichas reglas, con el consiguiente descrédito para las mismas.

En otras palabras: quizá el MERCOSUR ha demostrado demasiada capacidad de adaptación para salir del marco inicialmente fijado y demasiado poca para ajustar dicho marco a circunstancias cambiantes y difíciles.



CAPITULO III

ALGUNAS POSIBLES VIAS DE REFORMA DEL MERCOSUR EN UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-INSTITUCIONAL

La discusión de las vías de reforma del MERCOSUR debería estar orientada por el análisis llevado a cabo en el capítulo precedente. El MERCOSUR no saldrá de su crisis con simples apelaciones a su “mayor institucionalización” ya sea mediante la copia del sistema institucional europeo, como algunos han predicado, sobre todo en el pasado²⁹, ya sea mediante la multiplicación desordenada de nuevas instituciones y órganos como se ha tendido a hacer en estos últimos años. Tampoco sirven de nada apelaciones vacías de contenido a su transformación en un “MERCOSUR de los ciudadanos” o algo semejante. Lo que se necesita es: a) definir correctamente su vertiente externa; b) determinar con claridad cuál es el contenido efectivo que se pretende; c) dar fortaleza al proceso, no sólo con un mayor compromiso político por parte de los Estados sino, sobre todo, dando efectividad y credibilidad a su derecho; y d) mejorar su naturaleza dinámica y su capacidad de adaptación a las circunstancias.

Es evidente que, para ello, debe encontrarse una matriz común de intereses políticos que jueguen a favor de esta salida de la crisis. Pero también es útil disponer de un arsenal de medidas de tipo jurídico-institucional que puedan contribuir a alcanzar esos objetivos. En este capítulo se discuten algunas de ellas, comenzando con aquellas que no requieren ninguna modificación de los Tratados, siguiendo con aquellas que exigen una modificación y acabando con la presentación de una alternativa a las reformas que podría quizá retornar algo de credibilidad al proceso. Esta discusión retoma de manera resumida algunos de los principales argumentos desarrollados en los capítulos precedentes y sirve también, por tanto, de conclusiones del trabajo.

²⁹ Desde este punto de vista, debería lanzarse una crítica muy fuerte orientada al pasado hacia todos aquellos investigadores individuales e instituciones de investigación que se plantearon las relaciones Unión Europea - América Latina como un ejercicio de evangelización por parte europea, con la prédica, además, de un Evangelio que no se ajustaba a la realidad del proceso de integración europeo y simplemente daba una visión hagiográfica del mismo. Esta crítica debería servir para extraer lecciones de cara al futuro.

1. Sin Modificación de los Tratados

Fortalecer el derecho del MERCOSUR y darle mayor credibilidad

i. La relación entre el derecho primario y el secundario debe ser clarificada

Como ya se discutió, el derecho primario proporciona al proceso de integración regional cimientos sólidos y continuidad. La legislación secundaria le brinda flexibilidad y capacidad de adaptación. Los éxitos pasados del proceso de integración europeo dependen en gran medida de una combinación adecuada de derecho primario y secundario, y su presente crisis profunda podría en parte verse en una relación de causa-consecuencia con el hecho de haber perdido el arte de dicha combinación; así, desde hace ya casi diez años, se pretende resolver a golpe de reformas del Tratado –derecho primario– lo que son, en realidad, problemas de funcionamiento interno y de falta de visión política –que o bien pueden tratarse por la vía del derecho secundario o bien no exigen ninguna reforma de los Tratados–. El NAFTA, en contraste, se basa solamente en derecho primario. Esto puede, eventualmente, hacer el acuerdo demasiado rígido; pero, al menos, el derecho primario ha sido redactado cuidadosamente, teniendo en cuenta su naturaleza: derecho primario plasmado en un Tratado internacional sujeto a una serie de procedimientos legales –y políticos– para su aprobación.

En el MERCOSUR la distinción entre derecho primario y derecho secundario no está clara. La cuestión no es solo etimológica: al utilizarse la expresión “internalizar legislación secundaria”, cuando, en los casos más relevantes, se trata en realidad de “ratificar acuerdos internacionales que completan o complementan el Tratado de Asunción”, lo que se mezcla y confunde son dos cuestiones radicalmente distintas desde el punto de vista legal y político: la de los fundamentos básicos y permanentes de la integración (a tratar por la vía del derecho primario) y la de sus aspectos complementarios y más cambiantes (a tratar por la vía del derecho secundario). Esta confusión podría llegar a generar muchos problemas en el futuro. La experiencia de la UE (y el sentido común) demuestran inequívocamente que la legislación secundaria necesita cambios continuos y adaptación. Tener el contenido de dichas disposiciones “constitucionalizado” en el Tratado fundacional no tiene sentido. Por lo tanto, si el único destino posible de muchas disposiciones incluídas en piezas de supuesta “legislación secundaria” del MERCOSUR fuera “constitucionalizarse” como derecho primario e incluso llegar a integrarse en el Tratado de Asunción, sería mejor olvidarse de ellas y detener el proceso de ratificación. Pero ello debería hacerse con transparencia, buena explicación y modesto ejercicio de autocrítica. Es evidente que daría más credibilidad al derecho del MERCOSUR una “limpieza de la mesa”, en el sentido de hacer desaparecer adiciones injustificadas al derecho primario que aún no han entrado en vigor, que el mantenimiento encima de la mesa de un paquete de Protocolos a agregar al Tratado

de Asunción que seguramente nunca entrarán en vigor y que, por las razones antedichas, no están bien concebidos en tanto que tales Protocolos. Dos ejemplos son paradigmáticos, uno antiguo y otro reciente:

- ¿tiene sentido que, como se prevé en la Decisión 25/94 y el Protocolo que incluye como Anexo, todas y cada una de las disposiciones contenidas en más de 180 artículos de un Código Aduanero queden “constitucionalizadas en mármol” en el Tratado de Asunción como fundamentos en principio intocables de la integración?
- ¿tiene sentido que el listado de entidades a los que se aplicaría el Protocolo de Contrataciones Públicas (Decisión 27/04) quede también “constitucionalizado en mármol” y cualquier modificación del mismo quede sujeta a los procedimientos previstos para la reforma del Tratado de Asunción?

Para clarificar esta cuestión no es necesaria ninguna reforma del Tratado de Asunción ni de los Protocolos que ya se le han ido incorporando. Basta con tener claro el sentido de la distinción entre derecho primario y derecho secundario.

ii. En la medida en que la legislación “secundaria” de MERCOSUR requiere internalización o ratificación por los Estados Miembros, deberían introducirse procedimientos de “fast track” para agilizar el proceso

Es bien sabido que los procedimientos de *fast track*, como el utilizado, con distintas denominaciones, por el Congreso de los Estados Unidos, son perfectamente compatibles con la preservación de las atribuciones parlamentarias de ratificación de tratados internacionales. Su principal objetivo es doble: a) obtener una decisión parlamentaria, positiva o negativa, en un plazo preestablecido; y b) garantizar una decisión única sobre el acuerdo (o el paquete de acuerdos), presentado por el Ejecutivo, evitando la desagregación del todo en piezas separadas de legislación.

En consecuencia, los procedimientos de *fast track* incrementan la credibilidad internacional de los negociadores del Ejecutivo. Esto, a su vez, aumenta la credibilidad y efectividad de los acuerdos internacionales a los que se aplica. Estas son las razones por las que en las Américas (del Norte, Central y del Sur) y en el resto del mundo, la vigencia de los procedimientos de *fast track* es considerada como una especie de precondition para la credibilidad de los Estados Unidos como socio en negociaciones comerciales internacionales.

Paradójicamente, los Estados Miembros del MERCOSUR, cuyos Gobiernos y expertos son los primeros en exigir el *fast track* a los estadounidenses, no han sido capaces de implementar procedimientos de *fast track* entre ellos. El resultado es bien conocido: tras ser adoptadas por los órganos del MERCOSUR, las normas ingresan en una especie de “limbo”, en donde pueden permanecer indefinidamente

a la espera de la finalización del proceso de internalización / ratificación. Esto debilita la credibilidad del derecho de MERCOSUR hasta el punto de anularla. El establecimiento de procedimientos de *fast track* para la internalización / ratificación de la legislación del MERCOSUR es un método tan sencillo para fortalecer el MERCOSUR que parece constituir –como para los Estados Unidos–, una especie de condición necesaria para que el MERCOSUR recupere credibilidad. A la inversa, la negativa a establecerlos (ni a tan sólo discutir su posibilidad) simplemente revela la absoluta falta de voluntad política para “institucionalizar” el MERCOSUR por mucha que sea la retórica empleada para pretender que dicha voluntad existe. Además, al tener el *fast track* un ámbito material de aplicación limitado, su instauración seguramente contribuiría a evitar la dispersión y pérdida de foco que ha caracterizado al MERCOSUR en el pasado.

Reforzar la institucionalidad del MERCOSUR sin crear nuevas instituciones

iii. Incrementar el número de reuniones del órgano político principal: el Consejo Mercado Común (CMC)

Una de las primeras cosas que sorprende al estudioso del MERCOSUR es la escasez de reuniones de su principal órgano de decisión: el Consejo Mercado Común. Efectivamente, un proceso de “integración profunda” dirigido por un órgano que se reúne sólo de vez en cuando y, normalmente, no más de dos veces (o tan sólo una) por semestre parece inconcebible. Es obvio que un proceso tan complejo y exigente como el del MERCOSUR requiere más que unas pocas horas por año de discusión política y trabajo legislativo en el plano ministerial. En este sentido, el argumento de que la agenda de los Ministros está sobrecargada es inaceptable. Aquí, nuevamente, la experiencia de la UE, con las agendas de los Ministros de sus Estados miembros no menos sobrecargadas que las de los Ministros de los Estados Miembros de MERCOSUR, indica que el Consejo (a nivel ministerial) tiene alrededor de 80 reuniones por año. Muchas de estas reuniones pueden ser inútiles, pero muchas de ellas son substantivas y necesarias (y muy largas). En todo caso, la mayoría de los especialistas en la labor del Consejo de la UE estaría de acuerdo en que un día o un día y medio por semana serían una cantidad razonable de tiempo para que el Consejo de la UE tratara todos los temas sometidos a su consideración³⁰.

El CMC debería reunirse, por lo menos, una vez por mes, preferiblemente durante dos días completos, a fin de proveer la guía política adecuada a MERCOSUR y dejar tiempo suficiente para profundizar el debate y encontrar soluciones adecuadas a los asuntos legislativos. Ese incremento en la cantidad de reuniones del CMC fortalecería definitivamente la estructura interna del sistema institucional del

30 No debe pensarse que este día o día y medio implica dedicar a la integración el 20 o el 30% del tiempo disponible de todos los Ministros. Se trataría del 20 o el 30% del tiempo de un miembro del gobierno especializado en integración o bien un día o día y medio a cubrir **entre todos** los distintos Ministros implicados, si este miembro del gobierno especializado no existiera.

MERCOSUR, que se encuentra excesivamente polarizada entre, por un lado, la “diplomacia presidencial” de los Jefes de Estado y, por el otro, el enfoque burocrático de los grupos técnicos de trabajo y los comités de burócratas.

iv. Mejorar la organización de las reuniones del CMC

Si el CMC se reuniera más a menudo, su agenda podría estar organizada sobre la base del modelo del Consejo de la Unión Europea, que distingue entre “puntos A” (a ser aprobados, en principio, sin ningún debate) y “puntos B” (a ser discutidos). Los artículos correspondientes de las reglas de procedimiento del Consejo de la UE podrían también ser adaptados, en particular en lo referente a la aprobación de la agenda y a la posibilidad de transformar un “punto A” en un “punto B”.

La división de la agenda del CMC en estas dos partes permitiría también introducir una reforma que será discutida más adelante y que tan sólo exige una modificación muy menor del Protocolo de Ouro Preto: la de concentrar en el Consejo Mercado Común todo el poder normativo y evitar que actos normativos sean aprobados por comités de burócratas, es decir, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR. Pero tal división es justificable en sí misma, ya que combina una mayor legitimidad democrática, en tanto un órgano compuesto por Ministros de gobiernos democráticamente elegidos tienen la palabra final en todos los puntos –“A” y “B”–, aun si algunos de ellos son adoptados sin discusión –los “puntos A”–, con la eficiencia, permitiendo que el debate se concentre sólo en temas no resueltos –aquellos introducidos como “puntos B”.

v. La Secretaría del MERCOSUR debe, definitivamente, ser fortalecida

Cuando se planteó la reforma de la Secretaría del MERCOSUR tendente a transformarla en un órgano “técnico” en lugar de mantenerla como un órgano simplemente administrativo, se podía reconocer el mérito de romper el tabú de una Secretaría “sólo administrativa”, si bien debía también enfatizarse el hecho de que la reforma era claramente insuficiente porque, para comenzar, el incremento en el número de personal empleado en la Secretaría era, en la mejor de las hipótesis, muy pequeño. La historia de estos tres últimos años demuestra pura y simplemente que ni tan sólo la ruptura del tabú llegó a producirse. Como se mencionó anteriormente, no sólo no se ha completado la transformación de la Secretaría Administrativa en Secretaría Técnica sino que el GMC se ha permitido recortar las funciones que el Consejo Mercado Común había atribuido a la Secretaría en 2002.

Como mínimo, sería necesario crear dentro de la Secretaría del MERCOSUR una división legal o servicio jurídico apropiados (con un jefe y algunos abogados adicionales) provistos de la independencia suficiente para, al menos, mejorar la calidad técnica de la legislación de MERCOSUR. Además de realizar el trabajo encargado por los órganos de MERCOSUR, el jefe de la división legal debería

tener el derecho de proponerles, por iniciativa propia, opiniones orales y escritas, aunque fueran confidenciales.

vi. La estructura de los grupos de trabajo dependientes del GMC y la Comisión de Comercio debe ser simplificada

La presente estructura de grupos de trabajo está sobrepoblada, con muchos grupos que o bien no se reúnen con la frecuencia suficiente para justificar su existencia o bien son muy costosos si se reúnen de manera asidua. La simplificación de la estructura de grupos de trabajo podría también contribuir a focalizar al MERCOSUR en una serie limitada de prioridades. De hecho, la proliferación de grupos de trabajo podría ser una de las razones del actual desorden en las actividades de MERCOSUR, en tanto que su contenido y orientación depende principalmente de la “productividad” de los grupos técnicos más activos que no son necesariamente aquellos a cargo de las cuestiones prioritarias.

El hecho de que algunos aspectos de la estructura actual de los grupos de trabajo se encuentre establecida en disposiciones de derecho primario (lo cual ya fue sin duda un error en su momento) no es un obstáculo para su simplificación. Bastaría con una decisión política relativa al incremento o reducción del número y periodicidad de las reuniones.

2. Con Modificaciones de los Tratados

Parece evidente la imposibilidad de sacar al MERCOSUR de su profunda crisis sin una verdadera “terapia jurídica de choque”, es decir, sin una modificación sustancial de los Tratados fundacionales, en particular el Tratado de Asunción y su Protocolo de Ouro Preto, planteada explícitamente y discutida con toda la profundidad que el tema merece. Esta modificación sustancial también puede ser orientada por el marco analítico presentado en el capítulo I y aplicado al MERCOSUR en el capítulo II. En efecto, se sugieren algunas reformas relativas a las cuatro dimensiones del proceso.

i. Dimensión externa: Determinar si verdaderamente se sigue o no persiguiendo el objetivo de la Unión Aduanera y actuar en consecuencia

El debate debería dar una respuesta clara a tres preguntas:

- En primer lugar, debería discutirse si el MERCOSUR debe tener una dimensión externa o bien, como el NAFTA/TLCAN y los acuerdos diseñados según su modelo, prescindir de ella.

- En el caso de que la respuesta fuera afirmativa, se debería precisar los aspectos del proceso de integración que deberían disponer de esta dimensión externa: si sólo el comercio de bienes o bien otros aspectos. En este sentido, y para demostrar que hay muchas opciones abiertas, debe recordarse que, durante decenios, la CE sólo tenía una dimensión externa significativa en materia de comercio de bienes y pesca en alta mar, y, todavía hoy, sigue dejando en manos de los Estados Miembros la dimensión externa de muchos aspectos de las relaciones económicas internacionales.
- Y también en caso de respuesta afirmativa, y con tal que esta respuesta abarcara el comercio de bienes, debería optarse entre las dos alternativas posibles:
 - Opción por una Unión Aduanera “de verdad”, con construcción de un territorio aduanero único y libre circulación en todo el territorio de los bienes importados de países terceros por cualquier punto del mismo.
 - Opción por una Zona de Libre Comercio con una simple coordinación de políticas comerciales.

El planteamiento de la tercera pregunta parece esencial porque, hasta ahora, el tema de la dimensión externa del MERCOSUR se ha discutido sin distinguir entre las dos ramas de la alternativa planteada: como si una ZLC con una política comercial más o menos común fuera de verdad una UA –quizá “incompleta”–, con lo cual sólo se ha confundido el debate y se ha justificado la pérdida de orientación política.

ii. Contenido efectivo: integrar en los Tratados fundacionales algunas disposiciones generales, pero con contenido, que vayan más allá del comercio de bienes y sirvan de “gancho” para el desarrollo del derecho secundario

Hemos visto en el capítulo II que el contenido efectivo del MERCOSUR más allá del comercio de bienes es muy escaso. El referente o *benchmark* más útil en el análisis no es el del Tratado de la Comunidad Europea sino el del NAFTA/TLCAN. Este es un Tratado con muchísimo más contenido efectivo que el que tiene el MERCOSUR, sobre todo en materia de servicios e inversiones. La afirmación sigue siendo válida aunque entraran en vigor el Protocolo de Montevideo en materia de servicios (lo que según las informaciones recogidas, es el caso) y todos los Protocolos que cierran las cinco Rondas de negociación mantenidas hasta ahora, lo cual no parece que se vaya a producir de momento. Efectivamente, dicho Protocolo, como ya se ha comentado, al seguir la lógica del GATS/AGCS de la OMC, comparte con él su gran amplitud pero también su muy escasa profundidad. En particular, no incluye una obligación general de trato nacional (aunque fuera sujeta a excepciones) sino que deja el alcance de esta obligación a la eventual inclusión de los distintos

sectores y subsectores en las listas de compromisos; tampoco abre la vía de la armonización de ciertos aspectos regulatorios en materia de servicios³¹.

Esta realidad obliga a considerar un fracaso el enfoque del Tratado de Asunción, que, más allá del comercio de bienes, se limitaba a fijar unos objetivos genéricos sin incorporar ninguna regla jurídica. Este enfoque debe ser radicalmente revisado. Hay que incluir en el Tratado de Asunción un mínimo de reglas aplicables en materia de intercambios de servicios, inversiones y movimientos de capitales que, aunque fueran muy generales y de poca profundidad, pudieran servir de “ganchos” para el ulterior desarrollo de la legislación secundaria. En efecto, con la existencia de dichas reglas de derecho primario, la legislación secundaria ya no debería partir de cero y sería estimulada a fin de acentuar o corregir los efectos, favorables para unos y desfavorables para otros, de aquellas reglas primarias.

También, y sobre todo, deberían incluirse en el Tratado de Asunción algunas reglas aplicables al movimiento de trabajadores, garantizando, al menos, el trato nacional a los trabajadores de los otros Estados miembros legalmente integrados en el mercado de trabajo. La introducción de tal regla, aunque sus efectos fueran muy limitados, inyectaría (y “daría una señal” en pro de la inyección adicional de) más “contenido social” y “más ciudadanía” en el proceso del MERCOSUR que mil discursos vacíos. Al menos visto desde fuera, resulta inconcebible que una constelación de gobiernos que se autoproclaman “de izquierda” no haya dado aún este paso, que fue una exigencia irrenunciable del Gobierno demócratacristiano italiano en 1956 para firmar el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Por lo que se refiere al tema recurrente de la coordinación macroeconómica, podría ser útil plantear nitidamente la alternativa entre avance hacia una verdadera Unión Económica y Monetaria o simple coordinación de políticas económicas y monetarias. Si se planteara, rápidamente se descartaría la primera opción y quedaría la vía libre para discutir la segunda. Aclarado este punto, rápidamente se constataría también que, para lo que es coordinación de políticas económicas, no hay margen para la utilización del instrumento de las reglas jurídicas y, menos aún, reglas más o menos copiadas de las introducidas en el Tratado CE por el Tratado de Maastricht y que tan mal resultado han dado en términos económicos, sino que a lo máximo que se puede aspirar es a la aplicación a este ámbito de los instrumentos diplomáticos de consulta y diálogo. En cambio, para la coordinación de políticas monetarias, hay efectivamente espacio, si se dan las contrapartidas políticas necesarias, para la utilización del instrumento de las normas jurídicas, sobre todo si se recuerda la naturaleza y contenido del Sistema Monetario Europeo en la fase anterior al Trata-

31 De hecho, incluso en el marco de la OMC, el enfoque GATS/AGCS sólo ha servido para consolidar más o menos los regímenes de acceso al mercado y de trato nacional ya efectivamente aplicados pero no ha dado ningún resultado en materia de liberalización/integración efectiva. Por ello será tan indispensable, después del cierre de la presente Ronda de Negociaciones de la OMC, examinar de nuevo y con mirada fresca el problema del marco jurídico internacional en materia de servicios. Esta observación fue expuesta oralmente por Alejandro Jara, actual Director General Adjunto de la OMC, en la presentación de la Cátedra Internacional OMC/Integración Regional el día 22 de febrero de 2006, en Barcelona.

do de Maastricht: un simple acuerdo entre Bancos Centrales que apoyaba una cierta gestión coordinada de las políticas de tipos (variables) de cambio.

iii. *Fortaleza (credibilidad y efectividad del derecho): derogar el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto*

La explicación oficial para el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto es que era necesario para garantizar la aplicación simultánea de la legislación de MERCOSUR en todos los Estados miembros. Esta aplicación simultánea sería necesaria para prevenir que un Estado Miembro quedara “atrapado” al aplicar una legislación del MERCOSUR más “onerosa” a sus propios residentes sin recibir reciprocidad por parte del resto. Como hemos visto, esta explicación no puede sostenerse. De hecho, a fin de alcanzar tal objetivo, el artículo 40 es innecesario. Como ya se ha mencionado, sería suficiente la adopción de una técnica usada por Argentina al internalizar la legislación del MERCOSUR, a saber: posponer la entrada en vigor de la medida interna hasta que todos los Estados miembros hayan finalizado su proceso de internalización y han notificado esa circunstancia a la Secretaría del MERCOSUR.

La derogación del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto parece tan esencial (es en realidad un verdadero *test* de la voluntad política de dar credibilidad al MERCOSUR) que conviene recordar, algo reformulada, la presentación ya efectuada de sus efectos prácticos – su “*effet utile*”:

- Otorgar a los Estados Miembros individuales una “segunda oportunidad de poder de bloqueo” sobre los actos legales de MERCOSUR, además de la “primera oportunidad de poder de bloqueo” ofrecida por la regla de consenso adoptada por los órganos decisorios de MERCOSUR, y enviar toda la producción normativa del MERCOSUR al limbo del “pendiente de internalización” por un tiempo indefinido.
- Facilitar la vida de los políticos y los funcionarios a cargo de los temas de MERCOSUR en cada una de las administraciones nacionales, a quienes se les brinda la garantía de que las decisiones de los órganos de MERCOSUR (de los que ellos son miembros) no tendrán efecto, ya que lo que verdaderamente importa es su internalización (o la falta de la misma). Se ha promovido con ello la irresponsabilidad en la toma de decisiones, facilitando su adopción como simple “efecto de maquillaje” provisional para demostrar “que se está en ello” en el plano regional, sabiendo que luego nadie se preocupará de controlar que las decisiones han sido “internalizadas”.

El artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto inhibe la evolución de la naturaleza de la legislación de MERCOSUR en la dirección de las directivas de la CE. Dicha

evolución habría sido perfectamente compatible con el Tratado de Asunción y, de hecho, apuntaba a ella la redacción de algunos actos legales previos al Protocolo de Ouro Preto, redacción que permitía la entrada en vigor de aquellos actos como “derecho para los Estados” independientemente de que fueran “internalizados” o no. Puede examinarse en este sentido la Decisión 10/94, ampliamente analizada en el IX Laudo Arbitral del Tribunal *ad hoc* del Mercosur de 4 de abril de 2003 relativo al litigio entre Argentina y Uruguay sobre el régimen de estímulo a la industrialización de lana. Efectivamente, esta Decisión, previa al Protocolo de Ouro Preto, no dice nada sobre su necesaria internalización como condición para su entrada en vigor, a pesar de tener potentes efectos jurídicos (como se comprueba en el propio laudo)³². *Prima facie*, interpreto que entró en vigor tras su aprobación y que lo que hicieron luego los Estados no fue “internalizarla” para permitir su entrada en vigor, sino pura y simplemente, cumplirla. Es esto lo que el Protocolo de Ouro Preto quiere impedir e impide. Como no puede pensarse en que este resultado se haya producido por azar, debe deducirse que ya la negociación de Ouro Preto fue orientada a frenar la dinámica del MERCOSUR (y la fortaleza de su derecho) en vez de a impulsarla.

En conclusión, el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto sólo ha servido para acrecentar el desequilibrio del sistema legal del MERCOSUR, incrementando el peso de la legislación nacional a expensas del derecho del MERCOSUR. Su derogación parece una condición *sine qua non* de la recuperación de la credibilidad del derecho del MERCOSUR.

Para justificar adecuadamente dicha derogación debe aclararse de una vez que no existe ningún “impedimento constitucional” para que todos los Estados Miembros del MERCOSUR puedan aceptar que las decisiones de los órganos del MERCOSUR creen nuevos derechos y obligaciones sin requerir la ratificación nacional o un proceso de internalización.

En efecto, todos los Estados Miembros de MERCOSUR son también miembros de la OMC. Por lo tanto, debe asumirse que no hay obstáculo legal / constitucional que les impida aceptar el derecho de la OMC y las obligaciones que surgen del mismo. La OMC prevé un mecanismo de producción de derecho internacional secundario que funciona sin requerir (más aún, sin permitir) procedimiento nacional alguno de ratificación o internalización. Este es el caso, en particular pero no de manera exclusiva, de la adopción de los *waivers* o de la admisión de nuevos miembros. En ambos casos, la decisión es tomada por un órgano de la OMC. Asimismo, estos órganos actúan con reglas de voto mayoritario, pese a que, en principio, se busca el consenso. Una lectura atenta de los artículos IX a XII del acuerdo OMC debería bastar, pues, para convencerse de la inexistencia de tal “impedimento” constitucional. No existe razón (otra que la falta de voluntad política) por la que lo que es aceptable para la OMC no pueda serlo para el

³² En efecto, el laudo declara “la incompatibilidad del estímulo y la bonificación previstos en la Ley uruguaya 13.695/68 y Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lana destinados a los Estados Partes del MERCOSUR, con el artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, y la plena vigencia de éste”.

MERCOSUR³³. Alguien podría argumentar que este argumento no es concluyente porque bien podría ser que, en algunos Estados de América Latina, la aceptación de dichos artículos del Acuerdo OMC fuera anticonstitucional. Quien así contraargumente debería fundamentar jurídicamente su opinión y solicitar la retirada de su país de la OMC por razones de anticonstitucionalidad.

iv. Dinamismo y capacidad de adaptación: Crear en los Tratados fundacionales un mecanismo de autorización de excepciones

La historia del MERCOSUR está llena de episodios en los que un Estado miembro se ha apartado de reglas comunes mediante decisiones unilaterales que luego han sido convalidadas de un modo u otro por los órganos del MERCOSUR. Si éste ha sido y sigue siendo el caso, parece mucho mejor proveer un marco legal para este tipo de circunstancias en lugar de permitir que surjan como una práctica de facto que se desarrolla en abierta violación del derecho del MERCOSUR, debilitándolo aún más.

El argumento político para el establecimiento de un tal marco legal puede ser proporcionado por una distinción entre dos situaciones: la adopción de un régimen común y la autorización de excepciones. En el primer caso, el requerimiento del consenso debe ser mantenido, ya que no tiene sentido pensar que el MERCOSUR pueda introducir nuevas obligaciones por voto mayoritario y, por tanto, dejando en minoría a Brasil. En el segundo caso, en contraste, pueden ser utilizados mecanismos que no requieran consenso, ya que no se trataría de introducir nuevas obligaciones, sino de autorizar a los Estados Miembros a apartarse parcial y transitoriamente de las mismas. Puede recordarse en este sentido que las reglas de la OMC prevén la posibilidad no sólo de que se adopten *waivers* sino de que los *waivers* se adopten por voto mayoritario³⁴.

33 Hay otro ejemplo significativo, dentro del propio derecho reciente del MERCOSUR, que demuestra que esta posibilidad existe, cuando hay la voluntad política de aprovecharla. Efectivamente, el Protocolo de Olivos de 2002 encomienda al Consejo Mercado Común la aprobación de su Reglamento. Este Reglamento constituye una pieza de legislación importante, repleta de efectos jurídicos que se proyectan más allá de las instituciones del MERCOSUR, por ejemplo en materia de “elección de foro”. Pues bien, el Reglamento ha sido aprobado por la Decisión 37/03 del Consejo Mercado Común y la propia Decisión reconoce en su artículo 2 que no es necesaria ninguna medida de internalización. ¿Por qué ello es así en este caso y no en el resto?

34 Léase el artículo IX del Acuerdo OMC. La idea de que en la OMC no se puede votar es otro de tantos falsos dogmas que pueblan el universo de las relaciones internacionales. La combinación de la existencia de reglas de voto mayoritario con la práctica de la búsqueda del consenso refuerza el poder de los poderosos y sirve de bien poca garantía para los débiles. En efecto, nadie en el uso de su razón amenazaría a los primeros con dejarlos en minoría (aplicando aquí criterios políticos) pero sí se podrá hacerlo con los segundos (aplicando ahora argumentos jurídicos). La historia de la entrada de China en la OMC es el mejor ejemplo de ello. ¿O alguien cree, acaso, que un pequeño Miembro de la OMC tenía el poder jurídico para vetar la aprobación del Protocolo de adhesión de China del que Luxemburgo sí dispone, por ejemplo, en el seno de la Comunidad Europea, para vetar una directiva sobre la fiscalidad de las rentas del capital? El principio de que las reglas de voto son extremadamente importantes en el proceso de toma de decisiones incluso cuando no se vota y se persigue el consenso debería ser explicado en la primera lección de todo manual de negociación internacional.

Así, por ejemplo, en circunstancias excepcionales, definidas de una manera más o menos flexible o rígida, un Estado Miembro podría estar habilitado a apartarse de reglas comunes introduciendo, por ejemplo, medidas de salvaguardia en el comercio intra-zona o modificando el régimen externo, sujeto a un procedimiento del MERCOSUR (tal como una muy breve notificación y publicación en el Boletín Oficial de MERCOSUR –BOM-), aun en el caso de que la medida fuera inmediatamente aplicable. Tras la notificación, la medida sería examinada por los órganos del MERCOSUR. Podrían considerarse dos resultados alternativos del proceso de examen: a) una autorización explícita por consenso o voto mayoritario de las otras partes; b) el rechazo de la medida, también por consenso o por voto mayoritario de las otras partes³⁵. Esta decisión debería, en cualquier caso, ser publicada en el BOM y tendría efectos inmediatos después de su publicación.

Dos precedentes de la CE pueden ser de interés para una discusión detallada de este mecanismo: a) en relación al fondo, el estudio de casos en los cuales una medida unilateral de un Estado Miembro, normalmente sujeta a un examen ex post facto de la Comunidad, ha sido permitida por los Tratados en particular durante el “período de transición” conducente a la Unión Aduanera; b) en relación a la forma, la llamada “comitología”, que ofrece un buen repertorio de procedimientos alternativos utilizables en el diseño de tal mecanismo³⁶. En cualquier caso, parece indudable que cualquier mecanismo de ese tipo constituye un adelanto sobre la actual combinación paradójica de rigidez formal y falta de respeto substantivo de las reglas comunes.

v. Una modificación institucional que afecta sobre todo a la fortaleza y el dinamismo: Concentrar el poder de toma de decisión en el CMC y mejorar el mecanismo de representación de los Estados miembros en todos los órganos del MERCOSUR

Para sacar al MERCOSUR de su crisis, parece casi evidente que debe abandonarse la vía seguida en estos últimos años de pretender resolver los problemas a base de golpes de efecto (creación del Comité de Representantes Permanentes o del Parlamento del MERCOSUR) que simplemente complican aún más la estructura institucional y de toma de decisiones sin por ello atacar ninguno de los males que aquejan al Mercosur en sus cuatro dimensiones. De hecho, es indispensable avanzar en la dirección contraria: la simplificación institucional y la concentración del poder de decisión en el Consejo Mercado Común, con tal que éste esté dispuesto a conceder al MERCOSUR toda la atención y tiempo que el MERCOSUR merece.

³⁵ La existencia de esta posibilidad legal de rechazo serviría sobre todo de freno a la tentación de hacer un uso exagerado del mecanismo.

³⁶ Los procedimientos “comitológicos” se aplican cuando el Consejo atribuye competencias de ejecución a la Comisión. Dichos procedimientos permiten diferentes vías de retorno al Consejo del poder de decisión.

Concentrar el poder de toma de decisión en el CMC

La actual estructura institucional de MERCOSUR está centrada en órganos compuestos por representantes de los gobiernos de los Estados Miembros y las Administraciones Nacionales. Esta es una característica que ni puede ni debe ser modificada. Pero resulta dudoso que la estructura actual en tres niveles de toma de decisiones y capacidad normativa, con órganos en cada uno de ellos que son conceptualmente lo mismo (representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros y de las Administraciones) y hacen, en la práctica, lo mismo (dictar legislación) sea realmente adecuada.

Podría ser útil despejar un malentendido, a saber, la idea de que esta estructura en tres niveles de alguna manera reproduce la configuración del Consejo de la Unión Europea, con el Grupo Mercado Común (GMC) cumpliendo el rol del COREPER (Comité de Representantes Permanentes), el órgano del Consejo de la UE que al menos en teoría si bien mucho menos en la práctica coordina la actividad de los grupos de trabajo y funciona como *interface* entre los niveles “político” y “técnico” de discusión. Esta analogía es incorrecta porque el GMC tiene el poder de adoptar legislación, mientras que el COREPER carece del mismo. El rol de este último es estrictamente preparatorio de las decisiones del Consejo porque sólo el Consejo (en el nivel ministerial) tiene la prerrogativa de adoptarlas.

La concentración del poder de toma de decisión en el plano ministerial presenta, al menos, dos ventajas:

- Primero, otorga más legitimidad a las decisiones ya que son adoptadas por un cuerpo compuesto de Ministros de gobiernos elegidos democráticamente, tanto en relación a los ciudadanos y operadores privados como en relación a las administraciones de los Estados Miembros a cargo de implementarlas³⁷.
- Segundo, estimula el involucramiento de los gobiernos de los Estados Miembros (y sus Ministros) en el proceso de integración, haciéndolos responsables de todas las decisiones tomadas en su marco.

Estas dos ventajas no serían contrarrestadas por ninguna desventaja en términos de eficiencia, ya que no implicarían un retraso significativo en la adopción / implementación de las decisiones, sobre todo si dicha reforma se combinara con las

37 Quizá esta consideración sea muy “europea”. Efectivamente, el lenguaje puede jugar malas pasadas (o revelar subconscientes de profunda significación política). El hecho de que en América Latina se utilice el término “funcionarios” tanto para referirse a funcionarios propiamente dichos (“propiamente dichos” al menos a la europea) como a Ministros tiende a borrar la diferencia radical entre ellos (a no ser que se tienda a pensar o bien que tanto unos como otros son servidores de la única autoridad política -el Presidente- o bien que la función pública está tan politizada que no tiene sentido diferenciar entre los funcionarios propiamente dichos y los Ministros). En cualquier caso, parece evidente que toda función normativa debe estar reservada a los Ministros y no debe atribuirse a personas que no tienen este rango.

dos ya mencionadas de una mayor frecuencia en las reuniones del CMC y la repartición de su agenda en puntos A y B. Además, si fuera necesario, y como último recurso para adoptar decisiones urgentes, podría establecerse un procedimiento de adopción por escrito, que permitiera que una decisión fuera tomada en cuestión de horas³⁸. La atribución exclusiva del poder de toma de decisión al CMC no dejaría ni al GMC ni a la estructura de los grupos de trabajo sin labor: los grupos de trabajo continuarían discutiendo las decisiones, y el GMC continuaría coordinando la estructura de los grupos de trabajo y resolviendo, previo al debate en el CMC, cuestiones que no puedan ser zanjadas a nivel técnico.

Mejorar el mecanismo de representación de los Estados miembros en todos los órganos del MERCOSUR

En la actualidad, la representación de los Estados Miembros en los órganos de gobierno del MERCOSUR y muy en particular en el Consejo y en el Grupo Mercado Común, está encomendada, por una disposición de los Tratados fundacionales, a una pluralidad de individuos. La representación plural de los Estados Miembros en los órganos de MERCOSUR fue originalmente pensada para involucrar directamente a funcionarios del área económica e impedir que la integración regional quedara en manos de diplomáticos con poca influencia efectiva en el diseño de la política doméstica de sus países. En la práctica, esta representación plural ha servido más bien, al menos en muchas ocasiones, para justificar la imposibilidad experimentada por los gobiernos de los Estados Miembros para alcanzar una posición unificada en su interior en los temas relacionados con la integración regional o, por lo menos, la imposibilidad para arbitrar luchas de protagonismo y celos entre los diferentes Ministros y ministerios. Tal dificultad existe en todos lados, también en los gobiernos de los Estados Miembros de la UE. Sin embargo, el problema reside en el hecho de que las reglas institucionales actuales de MERCOSUR admiten (y protegen) esta inhabilidad sin crear presión alguna para superarla. En contraste, las reglas de la UE referidas a la composición del Consejo cuestionan dicha inhabilidad mediante la atribución de la representación de los gobiernos de los Estados Miembros en el Consejo en una sola persona, con el poder y la responsabilidad de comprometer a todo el gobierno.

La experiencia de la UE tiende a confirmar, en el contexto de la integración regional, un principio de sentido común bien conocido en materia de negociación: la atribución de un único rol (la representación del gobierno de un Estado Miembro en nuestro caso) a una pluralidad de individuos tiende a reducir la capacidad de la representación para llegar a compromisos y *trade offs* entre los temas en discusión. La razón es bastante obvia: ningún individuo que forme parte de una representación colectiva piensa y actúa como un gobierno (“un” en singular), sino como represen-

³⁸ No es este el lugar para explicar los detalles de este procedimiento; basta con remitir el lector interesado al reglamento interior y la propia práctica del Consejo de la UE

tantes sectoriales cuyas visiones sobre el tema bajo discusión pueden perfectamente no coincidir y que, en realidad, participan en la negociación más preocupados por controlar a quien tienen al lado que por convencer a quien tienen enfrente.

En el contexto europeo, la idea de atribuir la representación de los gobiernos de los Estados Miembros en el Consejo a un vice-primer ministro para los temas de la UE, directamente vinculado al Primer Ministro, ha sido repetidamente propuesta como un medio para brindar coherencia e impulso político a las actividades del Consejo, superando en su seno los enfoques y lógicas de Ministros sectoriales. Esta idea, nunca implementada en el contexto europeo debido a los recelos intra-burocráticos (en particular de los diplomáticos y de los Ministerios de Asuntos Exteriores, que se autoengañan pensando que cumplen una tal función), podría ser perfectamente adoptada por los Estados del MERCOSUR. En regímenes presidencialistas como muchos de América Latina, asignar al vicepresidente la función de ocuparse de los temas de integración podría ser una bienvenida manera de hacer al vicepresidente algo más que un simple acompañante del candidato a presidente en el “ticket presidencial”. Si ello no fuera posible o conveniente, siempre podría encontrarse la fórmula de un ministro adjunto a la Presidencia para temas de integración. En cualquier caso, el que un miembro del Gobierno directamente vinculado al Presidente se especialice en temas de integración es perfectamente compatible con la presencia en cada delegación de ministros sectoriales. Podría ser concebido como un instrumento para mantener las ventajas de la “diplomacia presidencial”, en el sentido de garantizar el liderazgo político de alto nivel y la habilidad de establecer intercambios entre intereses sectoriales, sin sus desventajas, es decir, el involucramiento excesivo del Presidente en el trabajo diario, con el riesgo de recibir una porción muy grande de la culpa por los posibles fallos y defectos y falta de tiempo para trabajar los temas en profundidad. Esta propuesta, al igual que en Europa, puede ser considerada casi una provocación por las diplomacias, pero no por ello deja de ser válida.

3. Una Solución Alternativa, Fácil y Honesta

Plantear en estos momentos las reformas previstas en las dos secciones precedentes, sobre todo en la última, puede ser completamente irrealista porque las condiciones políticas para discutir las y llevarlas a cabo no existen en absoluto, ni en el plano interno del MERCOSUR ni en el plano externo, en particular por la indefinición sobre el nuevo “mapa político” de América del Sur, entendida en el plano estrictamente geográfico y sin las implicaciones que desde Brasil se quieren dar al término.

Pero si ello es así, existe una solución alternativa a las planteadas que al menos restablece la credibilidad, rentabiliza los recursos humanos y materiales dedicados

a la gestión del MERCOSUR y, lo que es más importante, frena radicalmente el agravamiento de la actual situación. Se trata de decidir de manera explícita, transparente y honesta hibernar al MERCOSUR en tanto que proceso de integración a la espera de tiempos mejores. No se trata de destruir el acervo (el *acquis*) del MERCOSUR en la medida en que éste existe. Se trata más bien de “congelarlo”, dejar de hablar de su relanzamiento y aceptar modestamente que, al menos de momento, no se puede ir más allá. La paralización temporal de la nueva producción legislativa podría ir unida a una revisión de la actividad legislativa pasada conducente a definir de qué normas del MERCOSUR todavía no internalizadas o ratificadas es mejor olvidarse ya definitivamente.

Se puede argumentar que el resultado de este tratamiento no sería la hibernación sino la muerte del paciente. Todo depende de cuál sea el diagnóstico de la enfermedad y de su evolución futura. Hoy la enfermedad no sólo es muy grave sino que puede seguir agravándose y puede llevar al coma irreversible que, como es bien sabido en estos casos, puede, gracias a la simple inercia jurídica y administrativa, no conducir a la muerte definitiva. Este diagnóstico es ampliamente compartido, dentro y fuera del MERCOSUR. Mejor es, pues, congelar el proceso mientras aún queda dentro de él algún dinamismo y esperanza de revitalización.

1



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Berlinski, J., H. Kume, M. Vaillant, et al. (2005): *Política comercial en el MERCOSUR: Descripción y evaluación de su desarrollo*, RedMercosur, Montevideo.
- Bouzas, R. (1999): “Regional Trade Arrangements. Lessons from Past Experiences” en M. Rodríguez Mendoza, P. Low, and B. Kotschwar (Eds.): *Trade Rules in the Making*, Brookings Institution Press, Washington, D.C.
- Bouzas, R, P. da Motta y R. Torrent (2002-2993): In-depth Analysis of MERCOSUR Integration, its Prospectives and the Effects thereof on the Market Access of EU Goods, Services and Investment, <http://mkaccdb.eu.int/study/studies/32.doc>
- Cozendey, C.M. (2002): “Sistema de Incorporação das Normas do Mercosul à Ordem Jurídica Interna”, en Vaz, A. C. (org.) *Dimensões da Integração no Mercosul*, Núcleo de Estudos do Mercosul - NEM, UNB, 3 (7).
- da Motta (2005): “El MERCOSUR frente a los acuerdos y negociaciones sobre servicios e inversiones”, en A. Estevadeordal y R. Torrent (Eds): *Regionalismo global: Los dilemas para América Latina*, CIDOB, Barcelona
- Devlin, R. y A. Estevadeordal (Eds.) (2003): *Bridges for Development. Policies and Institutions for Trade and Integration*, Inter-American Development Bank, Washington D.C.
- Devlin, R., y R.Ffrench-Davis (1999): Towards an Evaluation of Regional Integration in Latin America in the 1990s, en *The World Economy* 22(2), March.
- Estevadeordal, A. y R. Torrent (Eds.) (2005): *Regionalismo global: Los dilemas para América Latina*, CIDOB, Barcelona.
- Jessen, A. y E. Rodriguez. (1999): The Caribbean Community: Facing the Challenges of Regional and Global Integration, ITD-INTAL Working Paper, Inter-American Development Bank, Washington, D.C.
- Page, S. (2000): *Regionalism Among Developing Countries*. MacMillam Press/Overseas Development Institute, London.
- Rodríguez Mendoza, M., P. Low, y B. Kotschwar (Eds.) (1999): *Trade Rules in the Making*. Brookings Institution Press, Washington, D.C.

Torrent, R (2003): “Regional Integration Instruments and Dimensions: An Analytical Framework”, en R. Devlin y A. Esteveordal (Eds.): *Bridges for Development. Policies and Institutions for Trade and Integration*, Inter-American Development Bank, Washington D.C.

Vaz, A. C. (org.) (2002): *Dimensões da Integração no Mercosul*, Núcleo de Estudos do Mercosul - NEM, UNB, 3 (7).

World Bank (2000): *Trade Blocs: Policy Research Report*. Oxford University Press, Oxford.

ANEXO 1

LISTADO DE ACTOS JURÍDICOS QUE CONSTITUYEN EL DERECHO PRIMARIO DEL MERCOSUR JUNTO CON EL TRATADO DE ASUNCIÓN³⁹

1. Acuerdos Internacionales entre Estados Miembros que se integran en el Tratado de Asunción

- 1/91: Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.
- 5/92: Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.
- 11/93: Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR.
- 1994: (No aprobado por ningún acto del MERCOSUR) Protocolo de Ouro Preto.
- 1/94: Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual.
- 4/94: Protocolo de integración educativa y reconocimiento de certificados, títulos y estudios de nivel primario y medio no técnico.
- 11/94: Protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de estados no partes del MERCOSUR.
- 25/94: Código Aduanero del MERCOSUR
- 27/94: Protocolo de Medidas Cautelares.
- 4/95: Protocolo de Integración Educativa sobre reconocimiento de Títulos para la prosecución de Estudios de Post-Grado en las Universidades de los Países del MERCOSUR.
- 7/95: Protocolo de Integración Educativa y Reválida de Diplomas, Certificados, Títulos y reconocimiento de Estudios de nivel Medio Técnico.
- 8/95: Protocolo de armonización de normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR en materia de marcas, indicaciones de procedencias y denominaciones de origen.
- 1/96: Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil emergente de Actividades de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 2/96: Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales.
- 8/96: Protocolo de Integración Educativa para Proseguimiento de Estudios de Post-Grado en las Universidades de los Estados Partes del MERCOSUR.

³⁹ Con la referencia a las Decisiones que establecieron el texto de los acuerdos internacionales que luego fueron sometidos a ratificación. No se precisa si han entrado o no en vigor.

- 9/96: Protocolo de Integración Educacional para Formación de Recursos Humanos de Nivel de Post-Grado entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 10/96: Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo.
- 11/96: Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR.
- 18/96: Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR (texto en español).
- 2/97: Anexo al Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR.
- 3/97: Protocolo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el ejercicio de Actividades Académicas en los Estados Partes del MERCOSUR.
- 5/97: Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.
- 9/97: Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares.
- 13/97: Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del MERCOSUR.
- 26/97: Anexo al Protocolo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Estados Partes del MERCOSUR.
- 9/98: Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del MERCOSUR. Anexos con Disposiciones Específicas Sectoriales y Listas de Compromisos Específicos Iniciales.
- 11/98: Fe de Erratas de las Decisiones CMC N° 3/97, 26/97 y sus Anexos.
- 12/98: Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del MERCOSUR (texto en portugués).
- 16/98: Protocolo de Armonización de Normas en Materia de Diseños Industriales.
- 1/00: Primera Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios.
- 56/00: Segunda Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios
- 10/01: Tercera Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios.
- 7/02: Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 2002: (No aprobado por ningún acto del MERCOSUR) Protocolo de Olivos sobre solución de diferencias.
- 22/03: Cuarta Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios.
- 27/04: Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR.
- 29/04: Quinta Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios.

9/05: Acuerdo de admisión de Títulos Certificados y Diplomas para el Ejercicio de la Docencia de la enseñanza de los idiomas español y portugués como lenguas extranjeras en los Estados Parte.

2. Acuerdos Internacionales entre Estados Miembros que NO se integran en el Tratado de Asunción

- 5/93: Acuerdo para los controles integrados en frontera de los Países Miembros de MERCOSUR.
- 2/94: Acuerdo sobre transporte de mercancías peligrosas en el MERCOSUR.
- 15/94: Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 19/97: Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur
- 3/98: Acuerdo sobre Arbitraje Comercial en el MERCOSUR.
- 14/98: Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 1/99: Acuerdo de Cooperación y Facilitación sobre la protección de las obtenciones vegetales en los Estados Partes del MERCOSUR.
- 4/99: Acuerdo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Estados Partes del MERCOSUR.
- 9/99: Acuerdo Marco sobre Condiciones de Acceso para Empresas de Seguros con énfasis en el Acceso por Sucursal.
- 16/99: Acuerdo de Asunción sobre Restitución de Vehículos Automotores terrestres y/o embarcaciones que transponen ilegalmente las fronteras entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 4/00: Acuerdo de Recife.
- 5/00: Primer Protocolo Adicional al Acuerdo de Recife.
- 48/00: Acuerdo sobre Exención de Visas entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 49/00: Acuerdo sobre el Beneficio de la Justicia Gratuita y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 2/01: Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR.
- 11/02: Acuerdo sobre Jurisdicción en Materia de Contratos de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 5/03: Acuerdos Emanados de La XXIII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR.
- 16/03: Acuerdo para la Creación de la “Visa MERCOSUR”.
- 4/04: Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del MERCOSUR para la aplicación de sus leyes Nacionales de Competencia.

- 14/04: Protocolo Adicional y Anexo al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR en materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales.
- 15/04: Memorándum de Entendimiento para el intercambio de Información sobre la fabricación y el tráfico ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, y otros materiales relacionados entre los Estados Parte del MERCOSUR.
- 32/04: Acuerdo para la Facilitación de Actividades Empresariales en el MERCOSUR.
- 34/04: Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas de los Estados Partes del MERCOSUR” y “Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas de los Estados Partes del MERCOSUR, con la República de Bolivia y la República de Chile”.
- 12/05: Enmienda al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas Entre los Estados Partes del MERCOSUR.
- 13/05: Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales.
- 17/05: Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR.

