
I.

LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL MINIMALISTA DEL MERCOSUR

La moderna teoría de las organizaciones internacionales coloca varios instrumentos a disposición de las colectividades estatales para que ellas realicen sus funciones. De este modo, para que las organizaciones sean eficaces es preciso que los medios colocados por los Estados miembros a disposición de la colectividad sean adecuados a los objetivos perseguidos por ellas.

Frente a la diversidad de posibilidades que se le ofrecían, el Mercosur optó nítidamente por un modelo institucional minimalista. Esto no es propiamente negativo. Sin embargo, el Mercosur se caracteriza por una asimetría interna entre su propósito constitutivo ambicioso y la fragilidad de los medios puestos a su disposición por los Estados parte. En otros términos, el bloque adopta una estructura que es típica de las organizaciones internacionales de carácter regional (capítulo 1), paradójicamente movida por una dinámica institucional que se asemeja al funcionamiento de un simple entendimiento intergubernamental (capítulo 2).

1.

La estática de una organización internacional ordinaria

Al contrario de lo que ocurre en la Unión Europea, cuya complejidad orgánica continúa suscitando vivos debates, la identificación de la naturaleza jurídica del Mercosur no presenta dificultades. Mientras la Unión excede ampliamente los límites intrínsecos de las organizaciones internacionales clásicas, sin con ello alcanzar el estatuto jurídico de una federación de Estados,³² el Mercosur abraza estrechamente los contornos de las organizaciones internacionales de vocación regional.

³² La expresión “federación europea” ya figuraba en la Declaración Schuman del 9 de mayo de 1950. Sin embargo, fue sustituida por un proyecto políticamente más neutro, el de una “unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”. Según Maurice Croizat y Jean-Louis Quermonne, hoy en día ese debate adquirió una amplitud inigualable: por un lado, el papel preponderante ejercido por los Estados miembros excluye cualquier referencia al modelo de Estado federal de tipo americano; por otro lado, el proceso de integración excede, evidentemente, la condición de una confederación de Estados. Estos autores proponen, por lo tanto, la noción de “federalismo intergubernamental” o “federación de Estados naciones” como una tercera vía entre los modelos federalista y confederativo, cuyo “intrincamiento de gobiernos” es el principal motor político (*L'Europe et le fédéralisme*, París, Montchrestien, 1999, p. 145). Jean-Louis Quermonne también se pregunta si la Unión Europea estará condenada a constituir, a falta de una reforma necesaria, un “objeto políticamente no identificado” (“Une fédération d'Etats nations: un objet politiquement identifiable?”, en *L'Année européenne*, 1997, pp. 73-75). Para una oposición concisa entre la naturaleza de la Unión Europea y los elementos inherentes a las organizaciones internacionales, al Estado federal y a la confederación de Estados véase Philippe Manin, *Les Communautés européennes*, París, Pedone, 1999, pp. 63-65; para una oposición entre el derecho comunitario y el derecho “federal” o “estadual”, véase Fausto Quadros, *Direito das Comunidades europeias e direito internacional público*, Lisboa, Almedina, 1991, pp. 97-128. El “tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, difundido como “la Constitución europea”, actualmente en proceso de ratificación por los 25 Estados miembros de la Unión, no aporta una solución para el suigenerismo europeo. Véase el texto integral del tratado en <www.europa.eu.int/constitution>.

En este sentido, la doctrina jurídica se divide en dos grandes corrientes al tratar el concepto de las organizaciones internacionales.³³ Algunos autores hacen hincapié en el fundamento convencional y en la personalidad jurídica como sus elementos esenciales,³⁴ mientras que otros elaboran un concepto lo suficientemente amplio como para abarcar todas las formas de cooperación institucional.³⁵ A su vez, según el derecho convencional, la expresión *organización internacional* debe ser comprendida en el sentido de ‘organización intergubernamental’.³⁶ No obstante, si bien este procedimiento permite distinguirlas de las organizaciones ‘no gubernamentales’, se muestra insuficiente para definir satisfactoriamente a las organizaciones internacionales.³⁷

Sin embargo, el debate en torno al concepto de organización internacional no presenta más que un modesto interés en el ámbito del análisis de la naturaleza jurídica del Mercosur. En realidad, independientemente de la definición adoptada, es indiscutible que el Mercosur presenta las características esenciales que permiten reconocer la existencia de una organización internacional. Al ser creado por una carta constitutiva, el Tratado de Asunción (sección 1), el Mercosur fue dotado de una personalidad jurídica interna e internacional (sección 2).

³³ Entre abundantes referencias sobre la materia, Yves Gautier elabora un estado de la cuestión sobre los conceptos existentes en “Organisations internationales”, en *Répertoire communautaire*, Dalloz, octubre de 1996, § 3-9. Sobre la historia de las concepciones de la organización internacional, véase Charles Rousseau, *Droit International Public*, t. II, París, Sirey, 1974, pp. 453-461. Para un debate profundo sobre la definición de las organizaciones internacionales véase Georges Abi-Saab, *Le concept d'organisation internationale*, París, Unesco, 1980.

³⁴ Por ejemplo, según Mario Bettati, “una organización internacional es una asociación de Estados creada por tratado, dotada de una Constitución y de órganos comunes, que posee una personalidad jurídica distinta de la de los Estados miembros” (“Création et personnalité juridique des organisations internationales”, en *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, Nijhoff, 1998, pp. 34-60 [34]).

³⁵ Así, para Robert Ago “es la acción conjunta de los miembros de cada una de las constelaciones de Estados en cuestión, para ejecutar las previsiones del pacto social [una convención], lo que hace nacer instituciones, muchas veces con estructura análoga, encargadas de trabajar en el ámbito de la colectividad de la cual son la expresión, de actuar en su nombre y por su cuenta. Y son ellas, precisamente, las instituciones creadas para ser llamadas organizaciones internacionales” (“Communauté internationale et organisation internationale”, en *Manuel sur les organisations internationales*, o. cit., pp. 4-12 [11]).

³⁶ Convención de Viena, art. 2, g e i.

³⁷ Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, París, LGDJ, 1994, p. 557. Evidentemente, como constataron Jean Combacau y Serge Sur, “la extrema diversidad de las organizaciones, aunque limitadas al modelo intergubernamental, hace que una definición general, caracterizando la institución a partir de sus elementos comunes, sea apenas de carácter intelectual o doctrinario” (*Droit international public*, París, Montchrestien, 1997, p. 694).

SECCIÓN 1

Las características del Tratado de Asunción

El objeto manifiesto del Tratado de Asunción (TAs) es la integración económica entre los signatarios.³⁸ Se extrae del texto, sin embargo, una finalidad aún más precisa: alcanzar un modelo determinado de integración, o sea, el *mercado común*,³⁹ que debía ser establecido el 31 de diciembre de 1994. Así, con la entrada en vigor del TAs, el 29 de noviembre de 1991, se inició un período de transición. Por lo tanto, los cuatro socios pretendieron alcanzar un mercado común en poco más de tres años.⁴⁰

Para ello, los Estados miembros adoptaron una “actitud dialéctica”.⁴¹ El TAs contiene elementos de continuidad y de cambio, lo que torna compleja la tarea de determinar su naturaleza jurídica (§ 1). Al ser una convención sinalagmática, de la cual algunas obligaciones recíprocas son inmediatamente exigibles, el TAs comprende también disposiciones de naturaleza programática. Así, cada uno de sus dispositivos posee un valor jurídico diferente (§ 2).

³⁸ “El TAs [...] pertenece a la categoría de tratados de integración. La expresión no es utilizada, por ejemplo, por la Convención de Viena [...]. Sin embargo, ella se justifica porque, siendo la integración un fenómeno específico y ya suficientemente delimitado por la práctica internacional, ella no apenas crea, sino que también exige un reglamento particular, que se acordó llamar derecho de la integración. En este sentido, es correcto decir que la integración es objeto del Tratado” (José Ângelo Estrella Faria, *O Mercosul: Princípios, finalidades e alcance do TAs*, Brasília, MRE, 1993, p. 25).

³⁹ “Los fines del Tratado corresponden al modelo de integración que pretende instituir [...] los modelos se dividen en tres grupos básicos: zonas de libre comercio, uniones aduaneras y mercados comunes [...]” (ibídem).

⁴⁰ Cuando se creó la Comunidad Económica Europea, el Tratado de Roma previó un período de transición de 12 años para llegar a la unión aduanera y al mercado común, que posteriormente se abrevió a diez años y medio.

⁴¹ La expresión fue doblemente empleada por Luiz Olavo Baptista, inicialmente cuando estableció el alcance histórico del Mercosur —“El TAs posee características muy especiales y a veces dialécticas: es un elemento de cambio y de continuidad. Un elemento de cambio, pues tiende a una nueva configuración, no solo económica y comercial sino también política; un elemento de continuidad, pues prolonga los esfuerzos de integración por Brasil y Argentina, así como por el continente” (“Le TAs établissant le Marché Commun du Sud”, en *RDAI*, n.º 5, 1992, p. 567). A continuación confronta las características del TAs: a un carácter transitorio “es asociada, en forma dialéctica, la decisión de crear el Mercado Común con efectos prácticamente irreversibles” (ibídem, p. 570).

§ 1 La naturaleza jurídica del tratado

No existe unanimidad sobre la naturaleza jurídica, ni del propio TAs, ni de la entidad que él creó. Entre las numerosas clasificaciones de los tratados internacionales hechas por los internacionalistas —de las cuales se dijo que estaban “desprovistas de valor científico”—,⁴² cabe analizar apenas aquellas que son más frecuentemente asociadas al TAs. ¿Se trata de un simple “acuerdo-marco” adaptado a la integración económica (II) o del acuerdo constitutivo de una nueva organización internacional (I)?

I. La calidad de tratado-constitución

A semejanza del Tratado de Roma, que atribuía a la Comunidad Económica Europea “la misión de establecer un mercado común”,⁴³ el TAs confiere la tarea de constituir el mercado común a un nuevo sujeto de derecho.

La denominación del bloque llevó a ciertos autores a creer que el Mercosur existiría sólo en el momento en que se efectivizara el mercado común. Según esos autores, el TAs no sería la carta constitutiva de una organización, sino un simple acuerdo entre los signatarios, con el objetivo de crear en el futuro una organización: “un instrumento para la conformación de un mercado común que debería ser constituido el 13 de diciembre de 1994”.⁴⁴ Así, el TAs “prepararía el terreno para la futura creación de una organización internacional, pero no instituiría, él mismo, una organización”.⁴⁵

⁴² Charles Rousseau, *Droit international public*, París, Sirey, 1953, p. 19.

⁴³ Art. 2. La redacción y la numeración de este artículo permanecieron inalteradas en los tratados de Ámsterdam (de 2 de octubre de 1997) y de Niza (firmado en 26 de febrero de 2001).

⁴⁴ Alejandro Pastori, “Marché commun du Sud - Mercosul”, en *RMC*, 1993, p. 771. El autor reconoce que el Mercosur es “una realidad jurídica incuestionable” ya que el TAs “obliga” a los Estados miembros “a crear un mercado de la manera indicada y según los procedimientos, los medios y dentro de los plazos establecidos en el texto”. Resta precisar el alcance de la expresión “realidad jurídica”.

⁴⁵ Alberto Aronovitz, “Spain’s Integration to The ECC and The Latin-American Integration: Some Comparative Aspects with The Mercosur Countries”, en *Catalonia, Spain, Europe and Latin America: Regional Legal Systems and Their Literature*, Nueva York, William Hein, 1995, p. 187. Sin embargo, el autor reconoce, algunas líneas después, un carácter constitutivo de tipo “bomba-reloj”, cuya explosión dependerá de la eficacia del propio tratado. Finalmente agrega: “aunque el Tratado exceda el ámbito de un simple acuerdo de cooperación económica, está lejos de ser la Carta de una organización internacional o supranacional, como es el caso del Tratado de Roma, que creó la Comunidad Económica Europea” (ibídem).

Esta cuestión jamás preocupó a Europa, donde siempre estuvo claro que la Comunidad Económica Europea sería una organización creada de inmediato por el Tratado de Roma, al tiempo que la realización del mercado común sería el objetivo futuro de esa organización. No obstante algunas posiciones divergentes, este análisis puede ser trasladado al Mercosur. Si es verdad que el mercado común, como determinado modelo de integración, es siempre un objetivo a ser alcanzado en el futuro, no es menos verdad que el Mercado Común del Sur, en la condición de nueva entidad, ya se encuentra creado. Por lo tanto, para definir correctamente la naturaleza del TAs, la denominación del bloque es indiferente: podría llamarse *Comunidad*, *Acuerdo*, etc.⁴⁶

De esta forma, el TAs creó una entidad distinta de los Estados parte, encargada de realizar el mercado común, cuya existencia se muestra indiscutiblemente desde la entrada en vigor del tratado, tanto para sus Estados miembros como en el ámbito de sus relaciones internacionales. El 26 de marzo de 1993, dos años después de la firma del tratado y casi dos años antes de que el *Protocolo de Ouro Preto*⁴⁷ atribuyera personalidad jurídica al Mercosur, las instituciones creadas por el TAs ya estaban en pleno funcionamiento⁴⁸ y habían adoptado más de una centena de normas de derecho derivado,⁴⁹ entre las cuales se encuentra un sistema autónomo de solución

⁴⁶ En este sentido, Horacio Lavopa señala que “el mercado común es, en realidad, un concepto de carácter económico: por otro lado, las fórmulas institucionales corresponden al ámbito político-jurídico. En este campo, una forma de integración correspondiente al concepto de mercado común podría ser la ‘comunidad’ o ‘unión’ de Estados, que conduce la región a comportarse como un todo” (“La estructura orgánica funcional del Mercosur”, en *Contribuciones*, 1993/2, p. 20).

⁴⁷ Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur, del 17 de diciembre de 1994, disponible en www.mercosur.org.uy.

⁴⁸ El *Consejo del Mercado Común* se reunió en Brasilia, el 17 de diciembre de 1991 (1ª reunión); en Las Leñas, el 26-27 de junio de 1992 (2ª reunión); y en Montevideo, el 28 de diciembre de 1992 (3ª reunión). El *Grupo Mercado Común* contaba nueve reuniones: en Río de Janeiro, el 18-19 de abril de 1991 (1ª); en Buenos Aires, el 27-29 de junio de 1991 (2ª); en Asunción, el 21-23 de octubre de 1991 (3ª); en Brasilia, el 13-17 de diciembre de 1991 (4ª); en Buenos Aires, entre el 30 de marzo y el 1º de abril de 1992 (5ª); en Las Leñas, el 23-25 de junio de 1992 (6ª); en Brasilia, entre el 30 de setiembre y el 2 de octubre de 1992 (7ª); en Montevideo, el 14-15 de diciembre de 1992 (8ª); y en Montevideo, el 12 de marzo de 1993 (1ª reunión extraordinaria). La *Comisión Parlamentaria Conjunta* se reunió en dos ocasiones: en Córdoba, el 21-22 de mayo de 1992 (1ª); y en Brasilia, el 5 de marzo de 1992 (2ª). El Mercosur ya había creado 18 *reuniones de ministros* o *reuniones especializadas* de ámbito ministerial, en varias áreas: Finanzas, Justicia, Turismo, Educación, Trabajo, Cultura, Ciencia y Tecnología.

⁴⁹ El *Consejo del Mercado Común* produjo 16 *decisiones* en 1991, y 11 en 1992. El *Grupo Mercado Común*, a su vez, ya había adoptado 12 *resoluciones* en 1991, y 67 en 1992. En lo que respecta a la *Comisión Parlamentaria Conjunta*, a pesar de que sus deliberaciones no posean valor coercitivo, ya había adoptado 10 *recomendaciones* y 6 *resoluciones*.

de controversias.⁵⁰ Además, el Mercosur ya había concluido dos acuerdos internacionales.⁵¹

Consecuentemente, la doctrina que objeta el carácter constitutivo del TAs no puede ser refrendada, dado que confunde la entidad creada, cuyas instituciones ya garantizan el funcionamiento cotidiano, con el objetivo que le fue fijado, o sea, la organización de un cierto modelo futuro de integración. Nada impide que los medios de los cuales este nuevo proyecto se dotó sufran una evolución progresiva para estar a la altura de su misión.

El TAs se presenta, nítidamente, como la carta constitutiva de un nuevo sujeto de derecho, en el sentido de que el Mercosur existe desde la entrada en vigor del TAs y que a éste debe formalmente su existencia.⁵²

Resta saber cuál era, en aquella época, la naturaleza jurídica de este nuevo sujeto constituido por el tratado. Infelizmente, la imprecisión que rodea a la naturaleza del TAs se extiende al concepto del propio Mercosur. A veces definido como una “organización de carácter provisorio”,⁵³ el Mercosur también vio cuestionada su calidad de organización por autores que apenas veían en él un acuerdo “no institucional”.⁵⁴

Tales autores entienden que el TAs tenía apenas como objeto el período de transición hacia el mercado común. En consecuencia, debía ser sustituido por otro tratado al final del período transitorio, o completado por uno o más protocolos a fin de crear, en el momento adecuado, una organización apta para asegurar el funcionamiento armónico del mercado común. Esta percepción podría ser corroborada por el artículo 18 del tratado, según el cual “antes del establecimiento

⁵⁰ Se trata del sistema creado por el Protocolo de Brasilia, hoy remplazado por el sistema del Protocolo de Olivos. Véase la p. 234.

⁵¹ El *Rose Garden Agreement*, entre el Mercosur y los Estados Unidos, concluido en Washington el 19 de junio de 1991; y el acuerdo de cooperación interinstitucional entre el Consejo Mercado Común y la Comisión Europea, concluido en Santiago, el 29 de mayo de 1992. Véase el cuadro 8, p. 611

⁵² “El acto constitutivo de una organización internacional se distingue de otras convenciones multilaterales por ser el *acto fundación* de la organización, al cual estará ligada a lo largo de toda su existencia. El mismo generará *una vida propia de la institución* que excede el contexto en el cual ella fue inicialmente concebida” [sin cursiva en el original] (Mario Bettati, o. cit., p. 38).

⁵³ Guido Soares, “A atividade normativa do Mercosul nos dois primeiros anos de vigência do TA”, en *BILA*, n.º 12, enero-marzo de 1994.

⁵⁴ Según Francisco Rezek, juez brasileiro de la Corte Internacional de Justicia, “el Mercosur tiende a ser dentro de pocos años una organización internacional [...]. Por ahora lo que tenemos es un tratado no institucional [...]” (*Direito Internacional Público*, San Pablo, Saraiva, 1995, 5.ª ed., p. 270).

del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados parte convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones”.

Sin embargo, una lectura más atenta del tratado revela que la carta constitutiva ya colocaba a disposición del Mercosur una estructura institucional que, a pesar de no ser definitiva, estaba dotada de órganos administrativos, con atribuciones y un sistema de adopción de decisiones bien definidos. Así, nada obsta a que la estructura establecida por el tratado se tornase definitiva el 31 de diciembre de 1994, aunque una evolución cualitativa fuese evidentemente deseable. Pero no se debe confundir la propia existencia de la organización con las características de la estructura que posee.

En efecto, en relación con las disposiciones del tratado, el Mercosur no era una organización provisoria, sino una organización de vocación permanente cuyo cuadro orgánico era de carácter provisorio. Sus instituciones fueron creadas por el tratado para gestionar el período de transición y es “apenas en este sentido limitado y preciso, que sería posible considerar al tratado como provisorio o preliminar”.⁵⁵

En realidad, no se puede imaginar una entidad desprovista de vocación permanente que tenga como objetivo la creación de un mercado común. Esto se explica al menos por dos razones.

En primer lugar, está claro que la realización de un proyecto de tal complejidad implica repercusiones —y a veces hasta verdaderas “revoluciones” conceptuales— en diversas materias de competencia de los Estados signatarios del TAs. Estas repercusiones se producen a corto, mediano y largo plazo. Por lo tanto, parece inimaginable que se cree una organización internacional de duración limitada, o provisoria, para gobernar la construcción de un mercado común. Evidentemente, el artículo primero del TAs “tiene una vocación de permanencia al contener un compromiso definitivo de las partes en constituir un Mercado Común, en contraposición a otras disposiciones que pretenden tener vigencia durante el período

⁵⁵ Héctor Gros Espiell, “Naturaleza jurídica del TAs y sus protocolos”, en *El derecho de la integración del Mercosur*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, p. 44.

de transición' y que tienen, por lo tanto, un carácter transitorio".⁵⁶ En el mismo sentido, es también poco probable que los Estados consideren crear una nueva organización cada vez que la estructura de un bloque avanza, o que un nuevo tratado se concluye, sobre todo cuando la organización original ya se llama "mercado común".

En segundo lugar, el propio tratado contiene elementos que indican la vocación permanente de la organización. En primer lugar, su artículo 19 prevé la duración indefinida del tratado. Asimismo, el artículo 18 mencionado *supra* puede ser interpretado *a contrario*, caso en el cual el deseo de perfeccionamiento de las instituciones y su adaptación al período de evolución del bloque revelarían la intención de perdurar. En caso de que una nueva estructura institucional resultase de la "reunión" prevista por aquella disposición, tal hecho apenas confirmaría que el TAs es realmente un acto constitutivo. Una de las características de los actos constitutivos de las organizaciones internacionales es precisamente el hecho de que la organización excede paulatinamente la estructura en el seno de la cual el tratado fue inicialmente concebido.⁵⁷

Un argumento complementario puede deducirse del procedimiento de denuncia previsto por los artículos 21 y 22. Ocurre que los derechos y obligaciones relativos al programa de liberalización comercial, previstos por el tratado, se oponen al Estado denunciante durante los dos años subsiguientes a la presentación formal de la denuncia. Este mecanismo revela que los Estados parte tenían conciencia, en la génesis del bloque, de las consecuencias del tratado para las economías nacionales, razón por la cual la posibilidad de una ruptura unilateral abrupta fue cuidadosamente apartada.

Así, estos tres elementos —la duración indefinida del tratado, la adopción futura de una estructura institucional definitiva y el mantenimiento de las obligaciones del signatario más allá de la denuncia del tratado— fueron percibidos por el Primer Tribunal *ad hoc* del Mercosur como una "evidencia de continuidad".⁵⁸

⁵⁶ Manuel Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1994, 8.ª ed., p. 482.

⁵⁷ Riccardo Monaco, "Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales", en *Mélanges Rousseau*, París, Pedone, 1974, p. 157.

⁵⁸ Laudo del Tribunal Arbitral del Mercosur sobre "Controversia sobre comunicados n.º 37 del 17 de diciembre de 1997 y n.º 7 del 20 de febrero de 1998, del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco", en adelante designado simplemente como 1.º Laudo arbitral, disponible en www.mercosur.org.uy.

Resta constatar la naturaleza “compleja”,⁵⁹ tanto del Mercosur como del acto constitutivo que le dio origen. Los efectos prácticos de la aplicación del tratado, al mismo tiempo económicos y políticos, “crearon lazos de naturalezas diferentes y equilibrios comerciales y económicos que difícilmente podrán ser deshechos. Es un elemento de permanencia que contrasta con el carácter transitorio del tratado, y refleja la decisión política de los participantes de ver al Mercosur efectivamente instaurado. La combinación de ambas facetas, permanencia y decisión, por un lado, y el carácter transitorio y provisorio, por otro, representa tal vez el punto más alto de la concepción”.⁶⁰

Al cabo de esta reflexión, se puede afirmar que el Mercosur era, al menos en la época en que el tratado entró en vigor, una organización internacional en plena formación, o sea, en *statu nascendi*.⁶¹ Sin embargo, algunos meses después de la entrada en vigor del TAs, esa expresión no alcanzaba a definir la naturaleza del Mercosur, ya que el bloque se tornó un actor a ser considerado tanto en el contexto interno como en la política exterior de cada uno de los signatarios.

Consecuentemente, el reconocimiento del carácter constitutivo del TAs no puede ser objetado, aunque ninguna alusión a la existencia de una Constitución, en el sentido tradicional de derecho constitucional, se encontrase subentendida en él.⁶²

⁵⁹ “¿Que entendemos por este término? En un primer sentido, la palabra *complexus* significa ‘aquello que está ligado entre sí, lo que es tejido en conjunto’ [...] Pero como la complejidad reconoce la parte del desorden y de la eventualidad en todas las cosas, reconoce una parte inevitable de incertidumbre en el conocimiento. Es el fin del saber absoluto y total. La complejidad es propensa al mismo tiempo al tejido común y a la incertidumbre. He ahí los dos desafíos de importancia capital” (Edgar Morin, “Les défis de la complexité”, en *Relier les connaissances*, París, Seuil, 1999, p. 445 [451-457]).

⁶⁰ Luiz Olavo Baptista, *Le Mercosul. Ses institutions et ordonnancement juridique*, París, Montchrestien, 2001, pp. 36-37.

⁶¹ La expresión es de José Ângelo Estrella Faria, o. cit., p. 64: “El Tratado de Asunción no creó ninguna organización internacional, a pesar de que haya elementos que permitan concluir en la existencia de un organismo internacional en *statu nascendi*”.

⁶² Entre los términos “generalmente más utilizados” para designar un tratado internacional, Charles Rousseau destaca el término “constitución”, en *Droit International Public*, París, Sirey, 1953, p. 18. En verdad, la doctrina del derecho internacional hizo seguidamente referencias a los tratados constitutivos como la constitución de una organización internacional; véase, por ejemplo, Mario Bettati, cuando clasifica los actos constitutivos como “tratados Constitución”, *Le droit des organisations internationales*, París, PUF, 1987, p. 61. No obstante, esta noción de carta constitutiva tiene límites: “ella no debe llevar a una asimilación muy simplista con las constituciones nacionales. Los Estados ejercen un papel muy importante en el funcionamiento de las organizaciones internacionales —y en la interpretación del tratado de base— como para ser confundidos con los ciudadanos de un Estado. Tampoco es legítimo confundir el derecho constitucional, propio de una tradición nacional y autónoma frente a otros ordenamientos jurídicos, con el derecho de las organizaciones internacionales, en parte subordinado al derecho de los tratados” (Nguyen Quoc Dinh, o. cit., p. 560). Para una discusión más honda sobre el alcance constitucional de los actos constitutivos de las organizaciones internacionales, véase Constance Chevalier-

De acuerdo con otra línea de pensamiento, el TAs fue sistemáticamente presentado como un “acuerdo-marco”.

II. La calidad de acuerdo-marco

A pesar del empleo reiterado de la expresión *acuerdo-marco*, tanto en la doctrina como en los documentos oficiales, es muy difícil definirla con precisión. En principio, los acuerdos-marco son “aquellos que establecen orientaciones, principios, enunciados programáticos u objetivos precisos, que las partes se comprometen a alcanzar por medio de acuerdos posteriores formulados en el ámbito de la estructura de la organización o según los mecanismos establecidos por el acuerdo original”.⁶³

Es difícil encontrar un acuerdo institucional en el cual no figure un compromiso de organización de consultas, de apertura de negociaciones, de solución de ciertos problemas mediante acuerdos posteriores. Son también casi inevitables ciertas disposiciones de carácter incitativo por las cuales las partes se comprometen a “buscar”, a “empeñarse en”, a “promover”, a “evitar”, a “tomar todas las medidas necesarias para”. Se trata en este caso del *derecho incitativo* o *programático*.⁶⁴

Nótese que la diferencia entre los acuerdos-marco y los demás tratados es precisamente la *preponderancia* de las cláusulas programáticas. Luego, la esencia del tratado es el hecho de constituir un marco de entendimiento y cooperación entre los socios. Así, los objetivos y acciones proyectados deben ser concretados en el futuro por diversos medios, siempre en el ámbito y al amparo de este tratado.⁶⁵

Govers, “Actes constitutifs des o. i. et constitutions nationales”, en *RGDIP*, n.º 2, abril-junio de 2001, pp. 373-412.

⁶³ Jorge Pérez Otermin, *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto*, Montevideo, FCU, 2000, 2.ª ed., p. 20.

⁶⁴ Prosper Weil, “Vers une normativité relative en droit international?”, en *RGDIP*, n.º 1, enero-marzo de 1982, pp. 8-9.

⁶⁵ Es el caso de los acuerdos de cooperación interregional concluidos entre la Comunidad Europea y otros grupos de Estados, entre los cuales se encuentran los acuerdos concluidos con el Mercosur y Chile: “estos acuerdos, siempre de carácter no preferencial en el plano comercial, dan lugar a un marco de cooperación multidimensional: económica, comercial, institucional, social [...]”, Catherine Flaesch-Mougin, “Les modalités et les instruments d’un partenariat rénové”, en *Le partenariat entre l’Union européenne et les Amériques*, Rennes, Apogée, 1999, p. 156 (153-177); véase Accord-cadre interrégional de coopération entre la Communauté et ses Etats membres, d’une part, et le Mercosur et ses Etats membres, d’autre part (*JOCE*, L 69, 19 mars 1996, p. 3) et Accord-cadre interrégional de coopération entre la Communauté et ses Etats membres, d’une part, et le Chili (*JOCE*, L 209, 19 août 1996, p. 1).

Ello explica que sea vulgarmente conocido como *acuerdo-paraguas*, al abrigo del cual los socios ambicionan desarrollar varias iniciativas. Sin embargo, el carácter normativo de esas cláusulas, cuando existe, no sólo es tenue, sino que también sirve, apenas, para preparar una situación jurídica futura.⁶⁶

Es forzoso constatar que el TAs excede ampliamente la constitución de un marco de cooperación y acción comunes entre las partes contratantes. Aunque el mercado común constituya un objetivo a mediano plazo, el artículo 5 *a* del tratado establece, desde su entrada en vigor, un programa de liberalización comercial “que consistirá en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados parte, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario”. Queda claro entonces que la zona de libre comercio debe estar lista el 31 de diciembre de 1994, o sea, al final del período de transición.

Por otra parte, el *caput* del mismo artículo, asociado al inciso *c*, instituye un arancel externo común como uno de los “principales instrumentos para la constitución del Mercado Común” a ser alcanzado “durante el período de transición”. Consecuentemente, las disposiciones materiales del tratado dejan en claro que los Estados parte se comprometen a constituir una zona de libre comercio y una unión aduanera antes del 31 de diciembre de 1994.⁶⁷ Del mismo

⁶⁶ Por esta razón, este tipo de acuerdo a veces se considera *soft law*, un derecho “frágil” o “débil”, de carácter poco coercitivo, que se opone al *hard law*, constituido por normas que crean derechos y obligaciones jurídicas precisas; véase Prosper Weil, “Vers une normativité relative en droit international?”, en *RGDIP*, n.º 1, enero-marzo de 1982, p. 7. Los acuerdos concluidos por la Comunidad con el Mercosur y Chile constituyen un perfecto ejemplo de este tipo de acuerdos: “son apenas acuerdos preparatorios de carácter no preferencial, aunque contengan disposiciones precisas dirigidas directamente a la liberalización comercial e instauran un ‘diálogo económico y comercial’ encargado de preparar su realización en una segunda etapa. La liberalización supone, sin embargo, un nuevo acuerdo cuya fecha queda a criterio de las partes” (Flaesch-Mougin, o. cit., p. 163).

⁶⁷ Según Ricardo Seitenfus, “a pesar de su denominación, el Mercosur, al ser esbozado por el TAs, mezcla tres distintas situaciones de aproximación económica entre países, según la teoría de la integración. En primer lugar, se refiere a la construcción de una zona de libre comercio en la región, tal como lo indica la eliminación de aranceles aduaneros y no aduaneros. En un segundo momento, ambiciona sostener una política comercial externa unificada, en relación con terceros países, estableciendo un arancel externo común, lo que caracteriza a una unión aduanera. Finalmente, tiene como objetivo la plataforma superior y última de la formación de todo el mercado común, con libre circulación de bienes, de capital, de trabajo y de conocimiento” (*Manual das Organizações Internacionais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, 2.ª ed., pp. 223-224).

modo, en las Comunidades Europeas, desde su origen, la libre circulación de mercaderías se fundó en la realización de una unión aduanera, y no de una simple zona de libre comercio.⁶⁸

Los Estados fundadores del Mercosur se comprometen a promover el desmantelamiento arancelario en conformidad, principalmente, con los términos de los anexos I, II y IV del Tratado, en los cuales los signatarios establecen, respectivamente, el calendario del programa de liberalización comercial, las reglas de origen y las disposiciones sobre las medidas de salvaguardia. Se trata, en este caso, de obligaciones “concretas y auto-ejecutables”.⁶⁹

Se encuentra prevista, sin embargo, la posibilidad de admitir excepciones para el Paraguay y el Uruguay, países más vulnerables desde el punto de vista económico. En efecto, según el artículo 6 del TAs, “los Estados parte reconocen diferencias puntuales de ritmo para la República del Paraguay y para la República Oriental del Uruguay, las que constan en el Programa de Liberación Comercial”. Esta exposición deja la puerta entreabierta para una integración económica en dos o tres “velocidades”. No obstante, una vez materializada a través de una norma del programa de liberalización, la norma excepcional será tan concreta y autoejecutable en relación con el Paraguay o el Uruguay como la regla general lo es para la Argentina y el Brasil; sólo los plazos previstos serán más amplios.⁷⁰

Yendo al análisis de la *situación jurídica* del programa de liberalización comercial del anexo I del TAs, el Primer Tribunal Arbitral *ad hoc* del Mercosur estimó que “habiendo una continuidad del sistema del TAs con los instrumentos y decisiones posteriores al punto de configurar un único y mismo sistema, la expiración del plazo pactado originariamente, 31-12-94, sin que se hubiera completado el

⁶⁸ “La Unión aduanera fue efectivizada el 1 de julio de 1968 entre los seis miembros originales. Ella se impuso a los nuevos miembros al final de un período de transición” (Philippe Manin, *Les Communautés européennes...*, o. cit., p. 117).

⁶⁹ La expresión es del Primer Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur. Véase 1.º Laudo arbitral, o. cit., ítem 66, p. 14.

⁷⁰ Así, los artículos 1.º y 7.º del anexo I del TAs prevén una diferencia de 12 meses en favor de Paraguay y de Uruguay para la realización del programa de liberación comercial original. Un ejemplo más reciente de este beneficio, en el ámbito de la unión aduanera, es que estos dos países deberían adoptar una tarifa aduanera común de 14% para los bienes de capital el 1 de enero de 2006, mientras que la Argentina y el Brasil ya se encontraban obligados a adoptarla al 1 de enero de 2001, conforme a la decisión del CMC n.º 7/94, art. 3 a.

desmantelamiento arancelario y no arancelario y sin que se hubiera conformado el mercado común no implica que hayan expirado las obligaciones nacidas bajo el TAs”.⁷¹

De este modo, las modificaciones puntuales del calendario de liberalización, adoptadas de común acuerdo por los Estados miembros, no afectan su deber de cumplir las obligaciones anunciadas en el tratado. Estas modificaciones se limitan simplemente a determinar, de forma consensuada, un ritmo diferente de eliminación de los obstáculos al libre comercio.

Claro está que el TAs posee algunas características de un *tratado-objetivo* o *acuerdo-marco*, en la medida en que contiene tanto normas sin valor coercitivo como principios y objetivos a alcanzar a través de nuevos acuerdos. Es exactamente el caso del artículo 1 *in fine*, por el cual los Estados miembros se comprometen a “armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”, o del artículo 8, según el cual los socios “evitarán afectar los intereses de los Estados parte en las negociaciones comerciales que realicen entre sí hasta el 31 de diciembre de 1994”.

No obstante, este tratado excede los límites de un acuerdo-marco, pues también contiene normas autoejecutables. Clasificar al TAs como un acuerdo-marco “parece no estar conforme a su contenido, no sólo en cuanto a su texto principal sino también en cuanto a sus anexos”,⁷² de manera que sólo resta atribuirle un carácter complejo.⁷³

Así, pese a la presencia innegable de ciertas normas programáticas, el TAs posee tanto características “contractuales” como “legislativas”.⁷⁴ ¿Se trataría de un *tratado-ley*, de donde emanan normas jurídicas de carácter general, dotadas de fuerza obligatoria por plazo indeterminado, o sería un *tratado-contrato*, cuyo poder coercitivo se agota al momento de aplicar la norma al caso concreto?⁷⁵

⁷¹ 1.º Laudo arbitral, o. cit., ítem 76, p. 16.

⁷² Pérez Otermin, o. cit., p. 21.

⁷³ Baptista, “Le traité d’Asunción...”, o. cit., p. 569.

⁷⁴ “[...] El TAs tiene carácter mixto: contractual y legislativo, conteniendo también normas marco” (Baptista, *Le Mercosul...*, o. cit., p. 35).

⁷⁵ En la clasificación original de Triepel, los tratados-ley (o normativos) resultan de un acuerdo entre partes múltiples, indeterminadas, para alcanzar fines e intereses semejantes (*Vereinbarung*); los tratados-contrato, por el contrario, son acuerdos entre dos o más partes cuyos intereses son diferentes (*Vertrag*). “Los de la primera clase revelan o confirman el derecho objetivo; los de la segunda establecen modalidades del derecho subjetivo” (Clovis Bevilacqua, *Direito público internacional*, tomo II, Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, 2.ª ed., p. 15).

Antes de retomar la distinción entre tratado-ley y tratado-contrato, es preciso admitir que ella no brilla ni por su claridad ni por su exactitud. La mayor parte de los tratados no presenta un contenido homogéneo, sino que “constituyen un molde en el cual se puede dar forma a disposiciones que presentan características muy diferentes”.⁷⁶ Consecuentemente, parece inútil identificar al TAs a partir de estas fórmulas estereotipadas. Por el contrario, teniendo conciencia de su complejidad, es preferible buscar entre las disposiciones del tratado los elementos típicos de cada una de esas clasificaciones.

§ 2 El valor jurídico de las disposiciones del TAs

La complejidad de las disposiciones del TAs fue reconocida por el Primer Tribunal *ad hoc* del Mercosur. Sus árbitros⁷⁷ elaboraron una clasificación tripartita de las diferentes reglas del tratado.

La primera categoría está compuesta de “normas que fijan objetivos y principios que con vocación de permanencia, encuadran y guían la actividad de las Partes hacia y en el Mercosur”,⁷⁸ lo que parece corresponder a la noción de derecho programático ya referida.

En segundo lugar, están las “disposiciones que crean órganos mediante cuya actividad las Partes podrán ir modelando el proceso de integración”.⁷⁹ Las semejanzas con la noción de tratado-ley son evidentes, pues el TAs ya contiene las reglas de atribución de competencia a cada una de las instituciones, además de las normas de procedimiento que regulan su funcionamiento y del sistema de adopción de decisiones.

Finalmente, el Primer Tribunal *ad hoc* constató la existencia de un conjunto compuesto de “disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados”,⁸⁰ invocando la noción de tratado-contrato. Efectivamente, varias

⁷⁶ Paul Reuteur, *Introduction au Droit des Traités*, París, PUF, 1995, 3.ª ed., pp. 23-24.

⁷⁷ Juan Carlos Blanco (presidente, Uruguay), Guillermo Michelson Irusta (Argentina) y João Grandino Rodas (Brasil).

⁷⁸ 1.º Laudo arbitral, o. cit., ítem 64, p. 13.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*. Y aún: “Estas, principalmente contenidas en los Anexos, juegan el papel de instrumentos dinamizadores del proyecto integracionista, el impulso operativo que sin necesidad de ningún acto adicional de las Partes da de entrada un gran paso al frente”.

obligaciones contenidas en el TAs se agotan una vez aplicadas, como es el caso de los dispositivos del programa de liberación impuesto por el anexo 1.

Resta saber si esta división, en la práctica, se revela adaptada al texto del tratado, ya que el Primer Tribunal *ad hoc* no tuvo ocasión de realizar una confrontación sistemática de las disposiciones del TAs con las categorías resultantes de su análisis.

Esta clasificación ofrece, por otro lado, la oportunidad de verificar la existencia de una “inspiración europea” entre las disposiciones del acuerdo, o sea, saber si los autores del TAs se inspiraron en los principios del Tratado que instituyó la Comunidad Económica Europea (CEE), en vigor en la época de la negociación y la firma del TAs.

Varios autores se dedicaron a la cuestión del mimetismo entre el Mercosur y las Comunidades Europeas,⁸¹ pero una comparación sistemática entre los tratados se muestra desde luego impracticable debido a la gran asimetría que existe entre los textos. La mayor parte de los 240 artículos del Tratado de Roma no encuentra eco en los 24 artículos del TAs. De cualquier forma, este prisma adicional de análisis puede ser bastante revelador del grado de compromiso deseado por los socios del Mercosur, sobre todo en lo que respecta a los grandes temas de la integración.

Algunos estudiosos afirman que el *Acuerdo de Cooperación Económica (ACE) número 14*,⁸² firmado entre Argentina y Brasil, en el contexto de la ALADI, el 20 de diciembre de 1990,⁸³ es el “esqueleto sobre el cual fue construido el TAs”.⁸⁴ Este acuerdo, que reúne los 24 protocolos de naturaleza comercial firmados entre 1980 y 1990 por ambos países, trata diversas materias, entre las cuales se encuentran los productos alimenticios, la industria automotriz y la cooperación nuclear.

⁸¹ Véase Marcelo de Almeida Medeiros, *La genèse du Mercosud*, París, L'Harmattan, 2000, part. “La question de l'importation du modèle européen”, pp. 323-348, donde el autor sostiene que el Mercosur presenta un “mimetismo institucional moderado” en relación con Europa (p. 343). Véanse también Mónica Hirst, “El proceso de integración europeo y americano”, en *Mercosur y Comunidad Europea*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, pp. 103-106; Araceli Mangas Martín, “Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, VII, Córdoba, 1996-1997, pp. 77-104; y Miguel Ángel Ciuro Caldani, “Problemática de la recepción del modelo comunitario en el Mercosur”, en *Mercosur-Unión Europea*, Asunción, Intercontinental, 2001, pp. 243-254.

⁸² Véase el comentario sobre el ACE 14, en Rubens Barbosa, *América Latina em perspectiva: a integração regional da retórica à realidade*, San Pablo, Aduaneiras, part., pp. 103-107.

⁸³ Véase la referencia a ALADI en la introducción. Véase también el texto integral del acuerdo en el sitio www.aladi.org. Sobre el contenido de este acuerdo, véase Celso Amorim, “O Mercado Comum e o contexto hemisférico”, en *Boletim de Diplomacia Econômica*, n.º 7, 1991, pp. 3-8.

⁸⁴ Baptista, *Le Mercosul...*, o. cit., p. 32.

El objetivo del ACE 14, de acuerdo con su artículo primero, es “*facilitar la creación de las condiciones necesarias para el establecimiento del Mercado Común entre ambos países signatarios*”.⁸⁵ Según el artículo 3, “ambos países acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco”. Esto significa que Argentina y Brasil pretendían crear un mercado común. Sin embargo, el ACE 14 no constituye un instrumento de creación del mercado común.

Esta observación es corroborada por los artículos 23 y 24 del mismo acuerdo, que crean un *Grupo Mercado Común*, única estructura prevista por el ACE 14, al que corresponde la “administración del presente acuerdo” (artículo 23). El Grupo es objeto de cinco preceptos imprecisos del acuerdo. Desprovisto de poder o de transferencia de competencia, debe proponer a los gobiernos medidas capaces de garantizar “la buena ejecución del presente acuerdo” (artículos 24 y 26). Parece claro que el ACE 14 preparaba terreno para la futura creación de una organización. Pero no es un modelo de integración, justamente porque fija un objetivo de integración sin dotarse de los medios necesarios para alcanzarlo.

El ACE 14 está constituido por 31 artículos, entre los cuales se encuentran un programa de liberación y un régimen de salvaguardias, a los cuales corresponde la mayor parte del cuerpo del acuerdo (artículos 3 a 11 y 16 a 21), en carácter de materias integradas al TAs como anexos. El ACE 14 es visiblemente más técnico que el TAs, y no insta un período de transición. No obstante la dificultad de encontrar semejanzas entre la estructura del TAs y la del ACE 14, es imperioso reconocer que el TAs constituye la etapa siguiente al ACE. En Asunción, los socios *profundizan* la integración argentino-brasilera, creando efectivamente una organización, el Mercado Común del Sur, y una estructura orgánica provisoria; y *amplían* esta iniciativa en dirección a otros países de la Cuenca del Plata. Si bien es verdad que el tratado del Mercosur representa la evolución de los tratados entre Argentina y Brasil, no es menos cierto que innova en sustancia, no porque incluya a Paraguay y a Uruguay, sino porque impone “una nueva visión de la integración”,⁸⁶ mucho más compleja, que constituye un modelo de integración *sui generis*.

⁸⁵ Sin cursiva en el original.

⁸⁶ Celso Lafer, “Sentido estratégico do Mercosul”, en *Mercosul: desafios a vencer*, San Pablo, CEBRI, 1994, pp. 9-11.

Así, se encuentran en el TAs los enunciados que establecen los objetivos, principios y orientaciones del tratado constitutivo y que pueden ser calificados como disposiciones programáticas (I); disposiciones que crean órganos y, de acuerdo con la ya citada expresión de los árbitros, instrumentos destinados a “dar forma” al proceso de integración, aquí referidos como disposiciones legislativas; y, finalmente, disposiciones de efecto inmediato, es decir, desde la entrada en vigor del tratado, designadas ahora como disposiciones contractuales (II).

I. La existencia de disposiciones programáticas

Inicialmente, es necesaria una atenta lectura del preámbulo del TAs. Es verdad que, como declaración general de principios, el preámbulo no comporta obligaciones tan precisas como los artículos del acuerdo. Sin embargo, “es parte integrante del tratado a la cabeza del cual se encuentra”, y “puede traer precisiones y esclarecer su contenido”.⁸⁷ El preámbulo del TAs no es diferente, pues trae disposiciones que trazan las grandes líneas de la integración sudamericana. En él también se encuentran tanto los objetivos (A) como los principios (B) del TAs.

A. LOS OBJETIVOS

El objetivo general del TAs es la integración económica, tal como fue mencionada en el preámbulo, al tiempo que objetivos específicos del Mercosur son aquellos que figuran en el capítulo I del tratado.⁸⁸ Sin embargo, otros objetivos generales se desprenden del análisis del tratado (1), juntamente con las metas específicas relacionadas con la materialización del mercado común (2).

⁸⁷ Alexandre-Charles Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, tomo I, París, CNRS, 1962, p. 69.

⁸⁸ Según Sergio Abreu Bonilla, *Mercosur, una década de integración*, Montevideo, FCU, 2000, pp. 27-28.

1. *Objetivos generales*

Ya en el primer párrafo del preámbulo, los signatarios del TAs definieron “ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración” como “condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”. La noción de ampliación de los mercados a través de la integración ya se encuentra en el preámbulo del *Tratado de Montevideo de 1960*, que creó la ALALC.⁸⁹ El TAs innova al incluir la referencia a la justicia social. Sin embargo, a pesar de que la noción de desarrollo parezca expresamente asociada a la de justicia social, no hay en el texto del TAs ninguna indicación del verdadero alcance de esas expresiones.

Parece evidente que, en el contexto del Mercosur, la justicia social está relacionada con la reducción de las disparidades en varios niveles: entre los Estados parte —la riqueza de Brasil en relación con Paraguay, verbigracia—,⁹⁰ entre las regiones de cada país —por ejemplo, en Brasil, el Norte y el Nordeste con relación al Sudeste—⁹¹ y, finalmente, entre los diferentes sectores de la población de estos Estados, lamentablemente situados entre los que poseen los peores niveles de distribución de la riqueza del mundo.⁹² A pesar de esta referencia, sumaria por cierto, a la justicia social, el TAs no hace mención al desequilibrio regional, ni

⁸⁹ Conforme el 2.º párrafo del preámbulo, “Persuadidos de que la ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales, a través de la eliminación gradual de las barreras al comercio intrarregional, constituye condición fundamental para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico, en forma de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos” (“Tratado del 18 de febrero de 1960 instituyendo una zona de libre comercio y creando la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio”, en *L'intégration économique régionale en Amérique latine*, París, Montchrestien, 2001, pp. 25-38).

⁹⁰ En 2003, el producto nacional bruto del Paraguay fue de 5.560 millones de dólares corrientes, mientras que en el Brasil esta cifra se elevó a 493.348 millones. El producto nacional bruto por habitante del mismo año revela la desigualdad, por ejemplo, entre Paraguay —US\$ 939— y la Argentina —US\$ 3.803—; al respecto véase www.comunidadandina.org/estadisticas/SGde085.pdf.

⁹¹ En 2002, el producto interno bruto per cápita por región del Brasil, en reales, fue de 4.939 en el Norte; de 3.694 en el Noreste; de 10.086 en el Sudeste; de 9.157 en el Sur; y de 8.166 en el Centro-oeste, según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, IBGE, disponible en www.ibge.gov.br. Véase también Abraham Sicsú y Frederico Katz, “Nordeste e Mercosul”, en *O Mercosul no limiar do Século XXI*, San Pablo, Cortez, 2000, p. 289.

⁹² Véase por ejemplo el *ranking* de los países del Mercosur en la clasificación general del índice de *desarrollo humano* (IDH) para el año 2003: Argentina, 34º; Uruguay, 46º; Brasil, 72º; y Paraguay, 89º. A pesar de la asimetría económica entre Brasil y Paraguay, los dos Estados poseen semejantes índices de educación (Brasil, 0,88; Paraguay, 0,85), pero el índice de esperanza de vida de Paraguay (0,76) supera al de Brasil (0,72). Cf. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), disponible en hdr.undp.org.

siquiera cuando evoca el desarrollo y la modernización de las economías de los signatarios. Fue preciso esperar al Protocolo de Ouro Preto, de 1994, para que el derecho originario del Mercosur comportase una referencia, aunque modesta, a la desigualdad regional.⁹³ Sin embargo, solamente en el año 2004 el tema de las asimetrías intrarregionales se torna un punto importante de la agenda del Mercosur, en particular a través del debate sobre la creación de fondos estructurales.⁹⁴

Al contrario, en Europa el TCEE tenía por finalidad, ya en su origen, la reducción de las disparidades entre las diferentes regiones.⁹⁵ En el mismo orden de ideas, el Tratado de Montevideo que creó la ALADI en 1980 demuestra, en su sexto párrafo, la conciencia de “que es necesario asegurar un tratamiento especial para los países de menor desarrollo económico relativo”.⁹⁶

Nótese, sin embargo, que el preámbulo del TAs reconoce en el séptimo párrafo la “necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados parte y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”. En el TCEE, las partes contratantes prefirieron un abordaje diferente del tema *calidad de vida*: ella constituye un *objetivo esencial* del tratado, en el cual se reúnen las preocupaciones en materia de empleo,⁹⁷ que no son, de modo alguno, mencionadas en el TAs.

El segundo objetivo que se desprende del preámbulo del TAs es el de “lograr una adecuada inserción internacional para sus países”, “teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos” (párrafo 4).

El Mercosur es, entonces, expresamente presentado como una “respuesta adecuada a tales acontecimientos” (párrafo 5). De la misma manera, el TAs presenta el bloque como “un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de

⁹³ El tercer párrafo del preámbulo del Protocolo de Ouro Preto reconoce: “atentos a la necesidad de una consideración especial para los países y regiones menos desarrollados del Mercosur”.

⁹⁴ Véanse decisiones del CMC n.º 27/03 y 45/04.

⁹⁵ TCEE, párrafo 5.º del preámbulo.

⁹⁶ Tratado de Montevideo, del 12 de agosto de 1980, que instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

⁹⁷ “Fijando como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos”, párrafo 3.º del preámbulo del TCEE.

Montevideo de 1980” (párrafo 6). Los fundadores de la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (CECA),⁹⁸ así como los de la CEE, situaron de forma diferenciada la integración europea en el contexto internacional. Los acontecimientos históricos y políticos las transformaron, en un primer plano, en una notable contribución para la paz y la libertad y, apenas en segundo plano, en un paso para la liberación del comercio internacional.⁹⁹

Antes de analizar los objetivos del cuerpo del tratado, es necesario hacer un balance del alcance de aquello que fue expresado en el preámbulo. De modo general, lejos de constituir una antecámara de las cláusulas contractuales, el preámbulo es un elemento privilegiado de interpretación de las convenciones internacionales.¹⁰⁰ En este sentido, la Convención de Viena dispone que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.¹⁰¹ Nótese que, si el preámbulo constituye una parte del propio texto del tratado, también sirve a la comprensión de su contexto¹⁰² y a la identificación de sus objetivos. De ello resulta que el preámbulo puede condicionar en gran medida la aplicación de un acuerdo internacional. Es el caso del TAs. Las decisiones arbitrales resultantes del sistema de

⁹⁸ Para un resumen de la evolución de las Comunidades Europeas, véase, por ejemplo, Joseph Weiler, *Europa, fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 13-126. Para un resumen de lo que podrá ser la Unión Europea cuando entre en vigencia el tratado constitucional, véase Araceli Mangas Martín, *La Constitución europea*, Madrid, Iustel, 2005.

⁹⁹ Véanse part. los párrafos 2, 6 y 7 del preámbulo TCEE y todo el preámbulo TCECA.

¹⁰⁰ “Se encuentra, con frecuencia, en el preámbulo, el enunciado más o menos claro de los motivos que determinaron la conclusión del tratado, y la exposición del objetivo perseguido por los Estados signatarios. Estas indicaciones presentan interés jurídico en dos casos. a) Cuando el preámbulo enuncia una *disposición supletoria* destinada a llenar las lagunas del tratado [...]. b) Cuando el preámbulo del tratado enuncia el respectivo objetivo con precisión suficiente para dirigir la *interpretación del dispositivo* [...]. Se ha considerado, algunas veces, al preámbulo de los tratados como dotado de fuerza obligatoria inferior a la del dispositivo. Pero se trata de una opinión aislada” (Charles Rousseau, o. cit., p. 87).

¹⁰¹ Artículo 31.

¹⁰² La técnica de interpretación de un texto convencional a través del contexto del tratado consiste, inicialmente, en no examinar aisladamente una disposición del tratado, sino en apreciarla a la luz del conjunto de las cláusulas, del cual forma parte. La jurisprudencia internacional recurrió a varios métodos para definir con precisión el contexto de una convención. En resumen, se trata de: 1.º) analizar la frase donde figura la palabra a interpretar, 2.º) los diversos párrafos del artículo a interpretar, 3.º) la parte del tratado donde consta el artículo a interpretar, 4.º) el tratado en su conjunto, 5.º) el preámbulo del tratado y una serie de tratados relacionados unos con otros. Cf. Charles Rousseau, o. cit., pp. 284-287. De acuerdo con la jurisprudencia reciente es preciso considerar igualmente todo acuerdo o instrumento que tenga relación con el tratado en cuestión, más allá de la práctica posterior de las partes y, finalmente, toda regla pertinente de derecho internacional aplicable entre las partes. Cf. Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, París, Dalloz, 1998, 4.ª ed., pp. 285-287.

solución de controversias recurren innumerables veces al preámbulo como criterio de interpretación del tratado.¹⁰³

2. *Objetivos específicos*

La lectura del primer capítulo del TAs, titulado “Propósitos, principios e instrumentos”, permite encontrar los objetivos del Mercosur, definidos de una forma más clara y precisa. El artículo 1 de este capítulo es sin duda la más importante disposición del tratado, según la cual los Estados parte “deciden constituir un Mercado Común”. Los cuatro párrafos del artículo 1 del TAs tienen como objetivo esclarecer la expresión contenida en la segunda frase del mismo artículo: “este Mercado Común implica...”.¹⁰⁴ Se trata, simultáneamente, de una definición del mercado común y de la indicación de cuatro objetivos bastante complejos.

Inicialmente, el mercado común implica “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos 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 lugar a dudas, la concepción de mercado común adoptada por el TAs fue inspirada en la concepción de mercado común del TCEE, que menciona “la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales” (artículo 3 *c*) y “la prohibición, entre los Estados miembros, de derechos de aduana y de restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente” (artículo 3 *a*).

Enseguida, el mercado común exige “el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común en relación con terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales”. El texto presenta numerosas semejanzas con el TCCE cuando éste prevé “el establecimiento de un arancel aduanero común y de una política comercial común en relación a los terceros Estados” (artículo 3 *b*)¹⁰⁵ y determina que “para todas las cuestiones que revisten particular

¹⁰³ Véase, por ejemplo, 1.º Laudo arbitral, o. cit., ítems 60 y 75.

¹⁰⁴ En el texto del TCEE, “la acción de la Comunidad implicará”, art. 3 *caput*.

¹⁰⁵ Véanse también los artículos 18 a 29 sobre arancel aduanero y los artículos 110 a 116 sobre la política comercial común.

interés para el mercado común, los Estados miembros, al término del período de transición, se limitarán a la acción común en el ámbito de las organizaciones internacionales de carácter económico” (artículo 6 *caput*).

En lo que respecta a los foros internacionales, el TCEE es más preciso: “para esta finalidad, la Comisión somete al Consejo, que delibera por mayoría calificada, las propuestas relativas al alcance y realización de esa acción común” (ibídem). Esta materia podría, por lo tanto, ser objeto de normas comunitarias dotadas de una fuerza obligatoria. Ello significa que la CEE, desde el inicio, garantizó la coherencia entre la política comercial común y la acción de los Estados miembros en el escenario internacional, al menos en lo que respecta al comercio. Por su parte, y no se trata de una coincidencia, el Mercosur jamás pudo imponer una verdadera política comercial comunitaria,¹⁰⁶ o sea, una gestión común y armonizada de su política comercial, a pesar de que ella constituye uno de los principales objetivos del bloque.¹⁰⁷

La realización del Mercado Común del Sur necesita, según el TAs, de la “coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Parte: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Parte”. Este objetivo de coordinación interna es reforzado por otras disposiciones del TAs, como el artículo 4: “los Estados Parte coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial”. En este sentido, el artículo 5 se refiere también a la coordinación de las políticas macroeconómicas,

¹⁰⁶ En el derecho europeo, “el tratado CEE previó, desde el origen, tres ‘políticas comunes’. Las revisiones del tratado nada modificaron en este aspecto. No existe en el tratado una definición de la noción de ‘política común’. Sin embargo, se puede considerar que una política común confiere a la Comunidad la vocación para intervenir en forma global sobre una materia, pudiendo culminar, si fuera necesario, en el abandono por los Estados miembros de lo esencial de las competencias que ejercen en aquel campo. En el actual estado de cosas, el mayor despojo se da en materia de relaciones comerciales con terceros (política comercial común). En el área agrícola, a pesar de la importancia de la acción comunitaria, los Estados conservan competencias muy importantes. Lo mismo sucede en el área de transportes, aunque lo esencial de la reglamentación se torne poco a poco comunitario” (Philippe Manin, *Les Communautés...*, o. cit., pp. 117-118).

¹⁰⁷ Todos los comentarios sobre la fase actual de la política comercial del Mercosur son arriesgados, en razón de una sucesión de crisis cuyo desenlace es imprevisible. Infelizmente continúa vigente la expresión utilizada por el ex presidente del Brasil, Fernando Henrique Cardoso, para quien el arancel externo común parecía “un colador”. Véase “FHC rejeita suspensão temporária da TEC e retrocesso do Mercosul”, en *Valor Econômico*, San Pablo, 30 de setiembre de 2001, p. 1.

“que se realizará gradualmente y en forma convergente con los programas de desgravación arancelaria y de eliminación de restricciones no arancelarias”.

Esbozando una comparación con el TCEE en lo que respecta a la coordinación de políticas, puede observarse que los bloques se distancian de manera significativa. En cuanto a la política de comercio exterior, no se trata, en el seno de la CEE, de coordinar las políticas económicas nacionales en esa área y sí de transferir las competencias nacionales en esa materia a la Comunidad, a través de una unión aduanera y de una política comercial común, contempladas por varios artículos del TCEE.

En cuanto a la competencia, las diferencias se hacen sentir ya en la redacción de los respectivos tratados. El TCEE refería a este tema en el cuarto párrafo de su preámbulo (*in fine*), complementado por otras disposiciones cuyas incontables aplicaciones prácticas demuestran una importancia crucial para la construcción europea.¹⁰⁸ En 1991, en ocasión de la firma del TAs, la experiencia europea indicaba que estas disposiciones habían permitido la instauración de una verdadera “política” de competencia.¹⁰⁹ Esta competencia comunitaria —no exclusiva, ya que es ejercida concomitantemente por los Estados en el ámbito nacional— fue ampliada gracias al abundante ejercicio del poder reglamentario por la Comisión Europea, y a la construcción de un notable edificio jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Sobre las demás materias mencionadas por el TAs, se puede afirmar, *grosso modo*, que la mayor parte de las competencias comunitarias se beneficiaba de múltiples precisiones y de un verdadero marco de cooperación en el texto del TCEE, lo que es imposible encontrar en el acto constitutivo del Mercosur.¹¹⁰

Finalmente, el último objetivo del Mercosur puede ser deducido del artículo 1, según el cual el mercado común implica el “compromiso de los Estados parte de

¹⁰⁸ Véanse part. los artículos 85, 86, 90, 92 y 93 del TCEE. Para analizar la amplitud de esta política, véanse también Ch. Gavalda y G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, París, Litec, 1998, 2.ª ed.; y el excelente C.-L. de Leyssac y G. Parleani, *Droit du marché*, París, PUF, 2001.

¹⁰⁹ El artículo 3 del TCEE, inciso *f*, utiliza la expresión “régimen”, inalterada hasta hoy. Véase el art. 3 *g* del Tratado de Ámsterdam.

¹¹⁰ Como ejemplo de la “instauración de una política común en el área de la agricultura”, arts. 3 y 38 a 47 del TCEE; en materia fiscal, véanse arts. 95 a 99; véanse varias disposiciones concernientes a la política monetaria y cambiaria de los Estados miembros en los arts. 104 a 109; sobre los capitales, véanse arts. 67 a 73; servicios, arts. 59 a 66; transportes, art. 3 *e*, y arts. 74 a 84.

armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”. También el TCEE prevé “la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común” (artículo 3 *b*). Sin embargo, la CEE se dotó de un medio privilegiado de armonización: la Comisión Europea puede proponer al Consejo de Ministros la adopción de directivas, que promuevan la aproximación de las legislaciones. Las directivas vinculan a los Estados destinatarios a través de una obligación de resultado, y dejan a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios utilizados para cumplir esa obligación.¹¹¹

B. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Evidentemente, las razones que llevaron a cada uno de los Estados parte a lanzarse en una iniciativa como el mercado común no son idénticas. Fue preciso optar por principios comunes que contemplasen esa diversidad. A través del análisis de los beneficios que la negociación de un mercado común podría comportar para cada Estado parte (1) se puede explicar, en gran medida, la elección de los principios del TAs y su alcance (2).

1. *La asimetría entre los socios*

Cada país signatario posee diferentes perspectivas en cuanto a la creación del Mercosur, ya desde la época de la firma del Tratado.¹¹² En primer lugar, Argentina, a pesar de la dependencia de sus exportaciones respecto a Brasil, pretende desarrollar el comercio entre empresas y así aumentar la competitividad de su industria.¹¹³ El gobierno argentino quiere también obtener un mercado mayor y más apto para

¹¹¹ Véanse arts. 100, 101, 102, 189 (inciso 3.º), 190 y 191 (inciso 2.º) del TCEE. Para una visión crítica de la directiva comunitaria, véase Denys Simon, *La directive européenne*, París, Dalloz, 1997.

¹¹² Este análisis se basa, de una manera general, en los elementos sugeridos por Marcelo de Almeida Medeiros, en el extenso y completo estudio *La genèse du Mercosur*, París, l'Harmattan, 2000, part., pp. 159-173.

¹¹³ En otros tiempos considerada “la clase media de las naciones”, la Argentina conoció la decadencia por no haber sabido desarrollar una industria moderna y competitiva, Jacques Ginesta, *El Mercosur y su contexto regional e internacional*, Porto Alegre, UFRGS, 1999, p. 95.

absorber, por un lado, su fuerza de trabajo, más calificada y con mayor movilidad que la de sus vecinos, y, por otro, sus exportaciones y productos industrializados. Finalmente, este Estado parece estar dispuesto a renunciar a sus pretensiones geopolíticas internacionales, a fin de enfrentar mejor la lógica de la formación de grandes bloques regionales.

Brasil, por su parte, percibe al Mercosur como elemento de una estrategia mayor que intenta colocarlo en el epicentro de un proyecto integracionista que abarca toda América del Sur. Inicialmente busca la promoción de los intercambios comerciales con el Cono Sur, que aumentaron de US\$ 2,8 billones en 1980 a US\$ 4,6 billones en 1991. Efectivamente, Argentina se torna así su segundo socio, y Paraguay y Uruguay comienzan progresivamente a colocarse como mercados promotores. El gobierno brasileiro considera también la articulación de una sedimentación instrumental subregional a fin de constituir un baluarte diplomático más poderoso y legítimo que actúe conforme a su *leadership*.

El Mercosur figura entonces como una herramienta institucional capaz de preparar la entrada del país a los circuitos del comercio internacional, después de un largo período vivido bajo el régimen conocido como *de sustitución de importaciones*.¹¹⁴ Brasil necesita de esa inserción, pues ante la ausencia de capitales nacionales es preciso apelar fuertemente a las inversiones extranjeras a fin de financiar el crecimiento interno.¹¹⁵ Para Brasil, el bloque tiene como propósito superar definitivamente las desconfianzas entre vecinos, promover el auxilio mutuo entre los socios a fin de prepararlos para enfrentar la viva competencia que caracteriza a la economía internacional, así como abrir camino para las nuevas modalidades de diálogo con otros actores internacionales.¹¹⁶

¹¹⁴ Se trata de una política que busca el “aumento en la proporción de las mercaderías que pasan a provenir de fuentes internas”, indicada como “única forma de corregir los efectos que las disparidades en la elasticidad del comercio externo ejercen sobre el crecimiento periférico” (Raúl Prebisch, *apud* Octavio Rodríguez, *Teoría do subdesenvolvimento da CEPAL*, Río de Janeiro, Forense-Universitária, 1981, p. 324). Para una visión actual de la noción de periferia, véase Samuel Pinheiro Guimarães, *Quinhentos anos de periferia*, Porto Alegre-Río de Janeiro, UFRGS-Contraponto, 1999.

¹¹⁵ Ginesta, o. cit., p. 93.

¹¹⁶ Según Gelson Fonseca, diplomático brasileiro que ejerció un importante papel en las negociaciones del TAs (“Notas sobre os processos de integração e a ordem internacional”, en *Mercosul: desafios a vencer*, o. cit., pp. 69-78 [77-78]).

Finalmente, para Paraguay y Uruguay el Mercosur constituye inicialmente un medio de perpetuar los lazos económicos privilegiados con Argentina y Brasil, además de un instrumento político de proyección internacional. En el caso específico de Uruguay, se trata de aumentar su mercado interno exiguo y no perder el acceso a los mercados argentinos y brasileros, lo que podría darse en razón de la profundización de la integración Brasil-Argentina.¹¹⁷ Además, tanto Uruguay como Paraguay pueden beneficiarse de la transferencia de tecnología proveniente de la formación de *joint-ventures* con sociedades argentinas y brasileras.

Como balance de este análisis, conviene distinguir los tres diferentes objetivos que pueden deducirse de la acción de los Estados en las negociaciones del TAs. Primero, ejerciendo un papel de país intermediario, a veces al lado de los países menores, a veces al lado del gigante brasilero, Argentina renueva las relaciones del eje Brasilia-Buenos Aires. Segundo, Brasil, para el cual el Mercosur no es una condición de supervivencia, camina en dirección a afirmar internacionalmente su hegemonía de modo democrático y legítimo. Tercero, los pequeños Estados dan al Mercosur una importancia capital y se lanzan plenamente a ese desafío.

Estas diferentes percepciones sólo pueden ser conciliadas a través de un instrumento al mismo tiempo obligatorio y flexible. Ello significa que fue preciso dar inicio al proceso y asegurar su continuidad, aunque muchos aspectos fuesen litigiosos, a fin de que los Estados persistiesen en este movimiento integracionista de acuerdo con sus capacidades.¹¹⁸

Sin embargo, la aproximación entre Argentina y Brasil fue contaminada desde su origen por aquello que Aldo Ferrer identificó como *los cuatro pecados originales* del Mercosur.¹¹⁹ En primer lugar, la *dependencia*, o sea, la extrema vulnerabilidad externa de estos dos países, debida al déficit de sus balanzas de pagos, al endeudamiento externo, a la internacionalización del sistema económico —especialmente en Argentina— y a las políticas monetarias víctimas de los ataques

¹¹⁷ Ginesta, o. cit., p. 96.

¹¹⁸ Lo que fue representado por el embajador José Artur Denot Medeiros como la metáfora de la bicicleta: “deteniéndola, ella se cae”, *apud* Marcelo Medeiros, o. cit., p. 167 [entrevista concedida por el embajador en setiembre de 1995, según la nota 71, p. 173]. La metáfora de la bicicleta también es utilizada en otro sentido, cuando se habla de la coordinación de dos iniciativas: las dos ruedas de una bicicleta sólo pueden andar en un mismo sentido.

¹¹⁹ A. Ferrer, “Argentina-Brasil, Mercosul e integração sul-americana”, en *Política Externa*, set.-nov. 2000, n.º 2, pp. 8-10 (9).

especulativos.¹²⁰ Esta dependencia estaría agravada por una visión “fundamentalista” de la globalización, o sea, por el hecho de que sucesivos gobiernos argentinos y brasileros decidieron seguir ciegamente los consejos de los centros de poder mundial, sobre todo de los mercados financieros de los que dependen estrechamente.¹²¹

El segundo pecado sería la *pobreza* y la exclusión social que de ella deriva, nocivas tanto respecto a la integración como a la vulnerabilidad externa, ya que afectan el crecimiento de los Estados parte y reducen la dimensión del mercado común.¹²² El tercer pecado lo constituyen las *asimetrías entre las estrategias nacionales de desarrollo*, con la formación de un régimen “centro-periférico”, o sea, la preponderancia de los productos manufacturados en las exportaciones brasileras y de los productos primarios en las exportaciones argentinas.¹²³ A este fin corresponde cuestionarse si cada uno de estos países dispone de una verdadera estrategia de desarrollo nacional.¹²⁴

¹²⁰ Según Renato Baumann, la experiencia brasiler de los años noventa enseña que contar con la economía externa para retomar un ciclo de inversiones es una apuesta muy arriesgada, puesto que las decisiones de los inversores extranjeros son tomadas según variables internas, pero también influidas por acontecimientos de todo el mundo (“O Brasil nos anos 1990: Uma economia em transição”, en *Brasil. Uma década em transição*, Río de Janeiro, CEPAL-Campus, 1999, p. 11-53 [51]).

¹²¹ De acuerdo con Pierre Salama, el funcionamiento de estas economías se orienta hacia aquello que Keynes denominó “economía casino”, que explica a través de una metáfora: “las velocidades se *sustraen* cuando dos trenes marchan en el mismo sentido pero con velocidades diferentes; y se suman, cuando los trenes marchan en sentido contrario. Mientras el funcionamiento de la economía casino no suscita temores de insolvencia, los déficit son suplidos con entradas de capital. Déficit y entradas caminan en un mismo sentido, las últimas más rápidamente que los primeros, y el crecimiento de las reservas es el resultado de la diferencia entre sus índices de crecimiento. Cuando los déficit continúan aumentando, pero las entradas de capitales cesan y éstos dejan el país, déficit y salida de capitales se acumulan sin encontrar medios de financiamiento internacional, como se puede observar en el Brasil: en marzo de 1997, las reservas aumentaron hasta 74 billones de dólares y en enero de 1998 disminuyeron a 29 billones. Este cambio repentino explica al mismo tiempo la brutalidad de la nueva situación y la dimensión de la necesidad de capitales. La lógica financiera introducida por el funcionamiento de una economía casino tiende a imponer una gran inestabilidad y, por lo tanto, fluctuaciones importantes en la actividad económica. Se trata de un verdadero círculo vicioso” (“Du productif au financier et du financier au productif en Asie et en Amérique latine”, en *Développement*, Les rapports du Conseil d’analyse économique n.º 25, París, La documentation française, 2000, pp. 75-126 [106-107]). Sobre la crisis brasiler a la que se refiere el autor, véase el dossier “La crise financière brésilienne et son impact sur les économies sud-américaines”, en *Problèmes d’Amérique latine*, n.º 33, nueva serie, abril-junio 1999.

¹²² Aldo Ferrer, o. cit., pp. 10-11. Sobre la pobreza en América Latina véase, entre abundantes referencias, el dossier “Pobreza e política social”, en *Cadernos Adenauer*, n.º 1, 2000. Sobre la exclusión social, véase por ejemplo la terrible situación de los niños trabajadores en Brasil en Iolanda Huzak y Jô Azevedo, *Crianças de Fibra*, San Pablo, Paz e Terra, 2000.

¹²³ Ferrer, o. cit., pp. 11-12.

¹²⁴ Reinaldo Gonçalves critica el “modelo de inserción pasiva y subordinada del Brasil en la escena internacional”, en *O Brasil e o Comércio internacional*, San Pablo, Contexto, 2000, p. 136. Véase también Gonçalves y Valter Pomar, *O Brasil dividido*, San Pablo, Fundação Perseu Abramo, 2000.

Finalmente, el cuarto pecado capital residiría en las *divergencias en lo que se refiere a la inserción internacional de cada uno de los socios*. La política de integración entre las industrias brasilera y argentina conducida por los presidentes José Sarney¹²⁵ y Raúl Alfonsín¹²⁶ hasta 1990 fue radicalmente modificada por los presidentes Fernando Collor de Mello¹²⁷ y Carlos Menem¹²⁸ antes de la firma del TAs. Además, Argentina se alineó muchas veces con los Estados Unidos y no con Brasil en algunas posiciones sobre importantes cuestiones internacionales.¹²⁹

Ante un contexto tan complejo, los Estados buscan la realización de sus pretensiones, a veces contradictorias, dentro del Mercosur, sin saber aún precisar de qué forma la mayor parte de ellas se llevará a cabo. De ahí resulta que el TAs asocia una sorprendente firmeza en la elección de su destino con una singular levedad en la elección de los medios que le permitirán alcanzar sus objetivos.

2. *La elasticidad de los principios*

En el tercer párrafo del preámbulo del TAs, los Estados miembros afirman que la integración debe ser alcanzada “mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualismo, flexibilidad y equilibrio”.

¹²⁵ Presidente del Brasil entre 1985 y 1990, electo por el Congreso Nacional como vicepresidente de Tancredo Neves, que murió antes de asumir el cargo. Fue el primer presidente civil luego de 1964; el período de su mandato es conocido como “transición democrática” o “Nueva República”.

¹²⁶ Presidente de la Argentina entre 1983 y 1989, fue el primero en ser electo por sufragio universal desde 1974. Su vida política estuvo marcada por el hecho de no haber podido completar su mandato. En efecto, el país se tornó ingobernable debido a la crisis económica provocada por el proceso conocido como “hiperinflación”.

¹²⁷ Presidente del Brasil entre 1990 y 1992, fue el primero en ser electo por sufragio universal desde 1964, destituido de su mandato gracias al primer proceso de juicio político (*impeachment*) de un presidente de la República en la historia del Brasil. Su mandato estuvo marcado no tanto por la firma del TAs, sino por un proceso de agresiva apertura de la economía brasilera, luego de una larga historia de proteccionismo comercial.

¹²⁸ Presidente de la Argentina entre 1989 y 1995; reelecto gracias a la reforma constitucional del 22 de agosto de 1994, que modificó el art. 90 de la Constitución argentina, ejerció un segundo mandato de 1995 a 1999. Aunque demandado en varios procesos por corrupción y desvío de fondos, el ex presidente disputó su candidatura en las últimas elecciones presidenciales.

¹²⁹ Ferrer, o. cit., pp. 12-13. En un mismo sentido, Juan Gabriel Tokatlian, para quien Menem, al mismo tiempo que negociaba y firmaba el TAs, buscaba obtener una intensa aproximación con Estados Unidos, aun durante el período de transición del Mercosur (“A política exterior da Argentina de Menem a De la Rúa: a diplomacia do ajuste”, en *Política Externa*, set.-nov. de 2000, vol. 9, n.º 2, pp. 50-62).

Es posible deducir de la primera parte de este enunciado, de carácter general, que la protección del medio ambiente constituye una orientación a ser seguida por los signatarios en la realización del objetivo de la integración. El TAs no trae ninguna otra referencia al medio ambiente que pueda ayudar a definir con mayor exactitud el alcance de esta disposición.

Sin embargo, el fin de ese párrafo enuncia expresamente los tres principios que deben regir al Mercosur: la *flexibilidad*, la *gradualidad* y el *equilibrio*.¹³⁰ El artículo 2 del TAs trae un cuarto principio, la *reciprocidad*, previendo que “el Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Parte”. Estos preceptos podrían hacer creer, inicialmente, que el mercado común sería establecido a través de etapas sucesivas, en creciente escala de intensidad. Por otro lado, ellos parecen indicar que las futuras disposiciones, planes y plazos concernientes al Mercosur no serían rígidos, o incluso que las ventajas provenientes del Mercosur deberían ser proporcionales y equivalentes para todos los países signatarios.¹³¹ Varias cuestiones podrían suscitarse a partir de allí.

En primer lugar, la flexibilidad se tornó, en la práctica, casi una directiva de la política externa de los países latinoamericanos y de otras naciones del Tercer Mundo. En el Tratado de Montevideo de 1980, por ejemplo, la “flexibilidad” aparece como un principio para la ALADI.¹³² Ella garantiza un margen de maniobra para los gobiernos y evita mayores compromisos. Muestra, igualmente, un rechazo a ciertos aspectos del orden internacional tradicional. Sin embargo, en el caso específico del TAs, la flexibilidad se relaciona sobre todo con la forma adoptada por cada Estado al momento de cumplir sus obligaciones. Aplicándose este postulado de modo amplio, con el objetivo de minimizar eventuales efectos negativos de la integración para ciertos miembros, es cierto que ocurrirá una limitación de los poderes de los

¹³⁰ El artículo 2.º del tratado Brasil-Argentina de 1988 prevé la aplicación de los principios de gradualidad, flexibilidad, equilibrio y simetría (Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo entre el Gobierno de la República Federativa del Brasil y el Gobierno de la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 29 de noviembre de 1988).

¹³¹ José Ângelo Estrella Faria, o. cit., p. 3. Se debe a este autor, en la obra citada, el estudio más completo del alcance de los principios del Mercosur.

¹³² En este caso, el principio fue definido como la “capacidad para permitir la concertación de acuerdos de alcance parcial regulada en forma compatible con la consecución progresiva de su convergencia y el fortalecimiento de los vínculos de integración”, según el art. 3 c del tratado de la ALADI. Según su artículo 7.º, “Los acuerdos de alcance parcial son aquéllos en cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros, y propenderán a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante su progresiva multilateralización”.

órganos del TAs y también el cuestionamiento del carácter coercitivo de las disposiciones del tratado.

El *principio de gradualidad* —que sería preferible denominar *principio de progresividad*— representa la idea de avance gradual de la integración, a fin de permitir la adaptación de los Estados miembros a la apertura de los mercados. Se encuentra presente en el preámbulo del Tratado de Montevideo de 1960 (ALALC), a través de la prudente disposición del “establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano” (párrafo 7). En el Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI), los socios establecieron que “dicho proceso tendrá como objetivo a largo plazo el establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano” (artículo 1 *in fine*).

Refiriéndose más precisamente a la ejecución del programa de liberación comercial, este principio comprende la definición de etapas verticales y horizontales. En primer lugar, en el interior de cada instrumento de realización del mercado común, el inicio de una nueva etapa estaría condicionado a la finalización de la precedente. En segundo lugar, la progresión de los diferentes instrumentos debería ser coordinada. Es éste el caso del Tratado de Roma, en el cual el período de transición hacia el mercado común se encuentra dividido en tres etapas. El paso de la primera a la segunda etapa estaba condicionado a la constatación de que lo esencial de los objetivos específicamente fijados por el tratado para la primera etapa había sido efectivamente alcanzado y que los compromisos se habían cumplido (artículo 8, 3, TCEE).

Dado que el TAs no menciona todas las etapas de la integración y sus respectivos plazos, el principio de progresividad, tal como está previsto en el contexto del Mercosur, concede una gran discrecionalidad a los Estados, que pueden poner en discusión el grado de integración que debe alcanzarse en cada etapa, con el fin de bloquear cualquier evolución, alegando que de ella ciertos aspectos inacabados constituirían condiciones previas. Los fundadores de la CEE, al contrario, tomaron la precaución de determinar que —pese a la constatación de que lo esencial de los objetivos debe ser votado por unanimidad por el Consejo, a partir del informe de la Comisión— un Estado miembro no podría alegar el incumplimiento de sus propias obligaciones para impedir el paso a la etapa siguiente (artículo 8 TCEE).

El principio de equilibrio representa, por su parte, el compromiso de evitar la adopción de medidas que puedan provocar conflictos entre los Estados miembros, así como entre los diferentes sectores de la economía nacional. Este principio podría comprender la necesidad de realizar estudios de impacto antes de la adopción de ciertos actos, como las medidas de salvaguardia y el mantenimiento de listas de excepciones al desmantelamiento arancelario.¹³³

Finalmente, la reciprocidad permite el control de la aplicación del TAs, pues suscita en cada Estado el interés legítimo de controlar la incorporación de las reglas del Mercosur por los demás signatarios. Este postulado garantiza igualmente a los cuatro socios la extensión de concesiones y ventajas otorgadas bilateralmente, inclusive la cláusula de la nación más favorecida. Está presente también en el tratado de la ALADI (artículo 5) y en el de la ALALC (artículo 50).

Ante la limitación del alcance jurídico de estos principios, su empleo como criterio de interpretación del TAs debe ser efectuado con prudencia. Ellos evidentemente reflejan las preocupaciones de los signatarios en cuanto al impacto de la apertura de sus mercados. Garantizan que el desmantelamiento no será ciegamente aplicado de la noche a la mañana. Pero sólo pueden ser interpretados en correlación con los objetivos del tratado, bajo pena de dar amparo a las últimas tentaciones proteccionistas de los Estados miembros.

Por último, a pesar de no tratarse claramente de un principio, es conveniente señalar que el preámbulo del TAs enuncia la “voluntad política de dejar establecidas las bases para una *unión cada vez más estrecha entre sus pueblos*” (párrafo 8).¹³⁴ La frase está claramente originada en la expresión equivalente del Preámbulo del TCEE,¹³⁵ que inspiró el célebre fallo *Van Gend Loos*,¹³⁶ en el que la jurisdicción

¹³³ Faria, o. cit., p. 12.

¹³⁴ Sin cursiva en el original.

¹³⁵ Este párrafo del preámbulo TCEE fue modificado por el TUE: “[...] una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad” (inalterado por el TAs).

¹³⁶ “Considerando que el objetivo del tratado CEE, que es el de instituir un mercado común cuyo funcionamiento relacione directamente a los ciudadanos de la Comunidad, implica que este tratado sea más que un acuerdo que crearía apenas obligaciones mutuas entre los Estados contratantes; que esta concepción se encuentra confirmada por el preámbulo del tratado que, por encima de los gobiernos, se dirige a los pueblos [...]” (CJCE, 5 de febrero de 1963, N. V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3). Véanse comentarios en J. Boulois y R.-M. Chevallier, *Grands arrêts de la CJCE*, París, Dalloz, 1994, 6.ª ed., pp. 1-4; 130-134.

supranacional establece el principio según el cual los Estados, y también los individuos, son los sujetos del ordenamiento jurídico comunitario, que genera obligaciones para los particulares y también derechos que integran su patrimonio jurídico.¹³⁷ Hasta el presente, las jurisdicciones de los países del Mercosur no imitaron la interpretación del Tribunal de las Comunidades Europeas.

Por otro lado, ¿existiría un mimetismo entre el Mercosur y la Comunidad Europea en materia de cláusulas programáticas? Lo que es programático en el TAs parece ser legislativo o contractual en el TCEE. Un cierto mimetismo con relación al TCEE no excede del uso de expresiones que podrían ser definidas como el vocabulario o la jerga de la integración económica, del cual el TCEE se mantiene como el principal precursor. Así, puede decirse que el TAs se limita, de manera general, a inspirarse en los objetivos fundamentales de TCEE.

II. Análisis de las disposiciones legislativas y contractuales

La doctrina jurídica muchas veces insistió en el carácter transitorio del TAs, frecuentemente presentado como la más importante característica del acuerdo.¹³⁸ La noción de *período de transición* no significa la precariedad de esa nueva instancia, como si los objetivos del tratado fuesen inciertos y sus motivaciones, efímeras.

Por el contrario, el TAs previó la transición hacia un modelo preciso de integración y trae consigo reglas de naturaleza contractual capaces de inducir los primeros pasos de esta evolución (B). La transición hacia el mercado común debe respetar las normas de naturaleza legislativa, como las creadoras de instituciones provisorias que lanzarán las bases de una futura “estructura institucional definitiva” del Mercosur, prevista por el artículo 17 del TAs (A).

¹³⁷ De este modo, “el propio objeto del tratado coloca en cuestión los pueblos de los Estados miembros”; véase Paul Reuter, “Commentaire à la Première partie. Les principes”, en *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, París, Economica, 1992, pp. 3-36 (15).

¹³⁸ “La característica particularísima del TAs radica en el hecho de que, a diferencia de todos los demás mecanismos de integración conocidos, nace, fundamentalmente en su contenido estructural, como un sistema transitorio [...]. La fecha prevista para terminar esta transitoriedad estaba fijada para el 31 de diciembre de 1994” (Jorge Pérez Ottermin, o. cit., p. 17).

A. LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL PROVISORIA

Sin precisar detalles de su realización, el artículo 5 del TAs prevé los principales instrumentos para la constitución del mercado común: un programa de liberación comercial (rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados parte, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario); la coordinación de políticas macroeconómicas, ya mencionada; el arancel externo común; la adopción de acuerdos sectoriales, con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes.

Estos instrumentos deben ser materializados en un contexto institucional muy flexible.¹³⁹ Los artículos 9 a 15 del TAs tratan de la creación, composición, funcionamiento y atribuciones del *Consejo del Mercado Común*, del *Grupo Mercado Común* y de la *Secretaría Administrativa*, órgano auxiliar del Grupo.

El Consejo de Mercado Común (CMC) es el órgano superior del Mercosur (artículo 10). Es el encargado de la administración y de la ejecución del TAs, de los acuerdos específicos y decisiones adoptados durante el período de transición (artículo 9, *caput*), además de la conducción política y la toma de decisiones que garanticen el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del mercado común (artículo 10). Está compuesto por los ministros de Relaciones Exteriores y los ministros de Economía de los Estados miembros.

El Consejo debe reunirse con la presencia de los presidentes de los Estados parte al menos una vez por año (artículo 11). Otros ministros o autoridades de nivel ministerial pueden ser invitados a participar (artículo 12). El sistema de toma de decisiones del CMC, así como el del Grupo Mercado Común, es el del consenso, con la presencia de todos los Estados parte (artículo 16). La Presidencia del Consejo es ejercida por rotación entre los Estados parte, por orden alfabético y por períodos de seis meses, y son los Ministerios de Relaciones Exteriores los encargados de coordinar sus reuniones (artículo 12).

¹³⁹ Véase el cuadro n.º 1, "La estructura del período de transición", p. 590.

El Grupo Mercado Común (GMC) es el órgano ejecutivo del mercado común (artículo 13), al cual le corresponde velar por el cumplimiento del TAs y de las decisiones adoptadas por el Consejo, proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del programa de liberación comercial, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la negociación de los acuerdos con terceros. Por último, es el encargado de fijar programas de trabajo que permitan avanzar en dirección a la efectiva constitución de un mercado común (artículo 13).

El GMC está compuesto por cuatro miembros titulares y cuatro alternos por cada país, quienes representan los siguientes órganos públicos: Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Economía o equivalente y Banco Central. Cuando lo juzgue conveniente, el Grupo puede convocar a representantes de otros órganos de la administración pública y del sector privado (artículo 14).

Dotado de poder de iniciativa y coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores, el Grupo puede constituir los subgrupos de trabajo necesarios para el cumplimiento de sus funciones (artículo 13). El anexo V del Tratado prevé la constitución, en los treinta días subsiguientes al inicio del funcionamiento del Grupo, de diez subgrupos de trabajo: *Subgrupo 1: Asuntos Comerciales; Subgrupo 2: Asuntos Aduaneros; Subgrupo 3: Normas Técnicas; Subgrupo 4: Política Fiscal y Monetaria relacionada con el Comercio; Subgrupo 5: Transporte Terrestre; Subgrupo 6: Transporte Marítimo; Subgrupo 7: Política Industrial y Tecnológica; Subgrupo 8: Política Agrícola; Subgrupo 9: Política Energética; Subgrupo 10: Coordinación de Políticas Macroeconómicas.*¹⁴⁰

El GMC dispone también de un secretariado. Se trata de la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM), órgano auxiliar encargado de la guarda de los documentos y de la comunicación de la actividad del Grupo, con sede en Montevideo (artículo 15).

El artículo 24 del TAs prevé la creación de una Comisión Parlamentaria Conjunta, de la cual se limita a decir que tiene “el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común”.

¹⁴⁰ Actualmente, el Mercosur cuenta con más de 250 foros dependientes (sin poder decisorio), de los cuales catorce son subgrupos de trabajo. Véase el cuadro que representa la presente estructura institucional del Mercosur en la p. 590 y ss.

El anexo III del tratado prevé, dentro de los ciento veinte días (120) siguientes a la entrada en vigor del tratado, la creación de un sistema provisorio de solución de controversias y, antes del 31 del diciembre de 1994, la instauración de un sistema definitivo.

Sin embargo, esta arquitectura es claramente provisoria, pues el artículo 18 prevé la convocatoria a una reunión extraordinaria para determinar la estructura definitiva del Mercosur, antes del establecimiento del mercado común. Más que provisoria, esta estructura es maleable, basada en el consenso, o sea, en negociaciones diplomáticas tradicionales entre los signatarios del tratado. Paradójicamente, los Estados miembros fijan un período de transición demasiado breve para objetivos tan ambiciosos, cuando en realidad el TAs no se provee de instrumentos que estén a la altura de los compromisos que representa.

El cuadro institucional provisorio del Mercosur establece apenas dos órganos dotados de poder de decisión: el Consejo Mercado Común y el Grupo Mercado Común. El TAs muestra a la Comisión Parlamentaria Conjunta y la Secretaría Administrativa apenas como entidades auxiliares, cuyo verdadero papel se mantiene indefinido. Al ser el Consejo y el Grupo instituciones intergubernamentales, no existe transferencia de competencia de parte de los Estados hacia los órganos del Mercosur. El margen de maniobra disponible para los socios es inmenso, pues le corresponde a cada uno de ellos la gestión de los compromisos asumidos en Asunción.

Esta estructura tan maleable refleja un abordaje nítidamente pragmático de la integración, que reposa en la esperanza de que la evolución del proceso determine el futuro de la estructura institucional definitiva del bloque: contrariamente a los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, el TAs aparece como un tratado, más que pragmático, simplista.¹⁴¹ De este modo, es necesario comentar apenas tres características de la estructura provisorio del Mercosur.

¹⁴¹ “A diferencia de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas o del Acuerdo de Cartagena de 1969, constitutivo del Pacto Andino, el TAs aparece como un tratado de naturaleza más pragmática y, por qué no decir, mucho más simplista” (Martha Lucia Olivar Jiménez, “La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”, en *Mercosul, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, 2.^a ed., pp. 33-88 [64]).

En primer lugar, *el marco institucional del periodo de transición es absolutamente intergubernamental, basado en la unanimidad con la presencia de todos los Estados miembros*, que poseen un verdadero poder de veto con relación al orden del día.¹⁴² Por esta razón, la transición hacia el mercado común sólo puede hacerse a través de la conciliación de los intereses nacionales, ya que ninguna institución representa la voluntad colectiva de los signatarios del TAs. La presencia exclusiva de funcionarios de los gobiernos nacionales en las instituciones, con clara preponderancia de la diplomacia, refuerza la característica de *suma de voluntades nacionales* y, por lo tanto, de *cooperación*, en lugar de la búsqueda de la expresión de una *voluntad común*, o sea, de *integración*.

En segundo lugar, la aplicación del tratado deberá respetar las normas ordinarias del derecho de los tratados, es decir, operar dentro del contexto del derecho internacional público. Pero dicha aplicación ocurre en el seno de los respectivos ordenamientos nacionales. *Ninguna competencia fue cedida por los Estados en favor de instituciones del Mercosur*.

Finalmente, *los órganos del TAs son provisorios* y deben dar lugar a una estructura institucional definitiva al final del período transición. A través del texto del artículo 18 ya mencionado, el tratado deja entrever que, antes del establecimiento del mercado común, se promoverá un cambio en las atribuciones de esos órganos y en su sistema de toma de decisiones.

El TAs adopta, por lo tanto, los objetivos de un proceso de integración. Sin embargo, se provee de instrumentos típicos de la cooperación internacional. Si bien es claro que la cooperación puede ser uno de los medios utilizados en el marco de una política integración, no es menos evidente que ella debe ser asociada a otros instrumentos más enérgicos para que el objetivo proclamado tenga posibilidades de ser alcanzado.¹⁴³ Sin embargo, la flexibilidad fue muchas veces presentada como

¹⁴² En el sentido de un “derecho de oponerse mediante un voto hostil a la adopción de una resolución cuando la unanimidad es requerida”, véase Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000, p. 902. De hecho, el término “consenso”, una vez asociado al principio de la presencia de todos los Estados parte, posee el mismo valor jurídico que la unanimidad. En principio, el consenso significa “las condiciones en las cuales un órgano internacional llega a conclusiones sin usar el voto (es la ausencia de cualquier objeción expresada por un representante y presentada por él como un obstáculo a la adopción de un texto)” (ibídem, p. 204). El consenso no requiere la presencia de todos, sino simplemente la ausencia de objeción entre los representantes presentes. La unanimidad, por su parte, presupone “la concordancia de todos los miembros de la asamblea deliberativa, del órgano de decisión: [...] reunión de la totalidad de las voces o de los sufragios” (ibídem, p. 884).

¹⁴³ Michel Virally, *Le droit international en devenir*, París, IHEI-PUF, 1990, p. 280.

la clave del éxito del Mercosur. En efecto, el hecho de no haber alcanzado bruscamente un mercado común puede haber permitido su supervivencia, en medio de las sucesivas crisis económicas vividas por los Estados que lo componen.

En lo que respecta a la estructura institucional provisoria, ninguna comparación con el Tratado de Roma parece posible. Algunos autores consideraron que “el modelo institucional del Mercosur no se parece al de la Comunidad Europea, ni en el objetivo final ni en la forma. Pueden hallarse semejanzas, en algunos aspectos, con el *Benelux*”.¹⁴⁴ La referencia remonta a la *Convención de Londres*, del 5 de setiembre de 1944, que creó una unión aduanera entre Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo.

Tal comparación se debe al hecho de que “las instituciones del Benelux se caracterizan por su maleabilidad y su carácter técnico. No se creó un organismo de carácter supranacional, pues sólo había, de hecho, dos socios. Sus principales engranajes son las comisiones mixtas de especialistas y de funcionarios nacionales coordinadas por un *Consejo de la Unión Económica* (consultivo) y principalmente por el *Comité de Ministros* responsables, asistido por el Secretariado General. Un cierto control es ejercido por un *Consejo Interparlamentario* y un *Consejo Económico y Social*. Un colegio arbitral resuelve los litigios de forma irrecurrible”.¹⁴⁵

Actualmente parece inadecuado referirse al Benelux como un modelo de integración intergubernamental, ya que los tres países miembros pertenecen a un mercado común con instituciones supranacionales. En efecto, Bélgica, Holanda y Luxemburgo forman parte de las Comunidades Europeas desde su creación, entre 1951 y 1957.

Nótese aún que el Benelux es una unión aduanera concebida en 1944 por gobiernos exiliados. En plena Segunda Guerra Mundial, Bélgica y los Países Bajos esperaban la liberación de sus países. Ésta es la razón por la cual la *Convención Benelux* no entró en vigor hasta el 1.º de enero de 1948, después de la primera fase de la reconstrucción europea. Dos años después, los países del Benelux ya se encontraban en la mesa de negociación dirigida por Jean Monnet, con el objetivo de crear la CECA y, algunos años más tarde, la CEE. En 1958 estos países firmaron

¹⁴⁴ Baptista, *Le Mercosul...*, o. cit., pp. 42-43. En un mismo sentido, Paulo Roberto de Almeida: “desde un punto de vista comparativo, el TAs se aproxima mucho más a la convención que instituyó, entre 1944 y 1947, una ‘unión aduanera’ entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos”, en *Le Mercosud*, París, L’Harmattan, 2000, p. 47.

¹⁴⁵ François Gay y Paul Wagret, *Le Benelux*, París, PUF, 1962, p. 118.

un tratado que instituía una Unión Económica, la que entró en vigor en noviembre de 1960. Por lo tanto, aunque el Benelux haya sobrevivido paralelamente a las Comunidades Europeas, es imposible analizar su evolución y evaluar su importancia sin considerar la existencia de las instituciones comunitarias.

La tarea de encontrar un proyecto de unión aduanera desprovisto de un órgano supranacional es relativamente fácil: se cuentan, por ejemplo, dieciséis uniones aduaneras formadas entre 1818 y 1924 sin ningún grado de supranacionalidad.¹⁴⁶ Sin embargo, esta referencia al Benelux parece ser, antes que nada, un argumento utilizado por los signatarios del TAs para justificar su modelo gracias a la alusión a otro proceso de integración exitoso a pesar de la ausencia de supranacionalidad. Importantes voces se pronunciaron en este sentido en la época de la CIG de Ouro Preto: “la institucionalización, cuando las personas perciban que el Mercosur está más hacia el Benelux que hacia la Comunidad Europea —como vengo diciendo desde que leí el TAs por primera vez—, pasará a ser mejor comprendida, y se definirá con el alcance que realmente debe tener: pocas instituciones, leves, sectoriales, y siempre aprobadas por tratado, para posibilitar el control democrático. Nada de crear ‘mercócratas’ generando órdenes supranacionales, pues el recuerdo de la tecnoburocracia de los años de plomo aún está presente en la mayoría de las dificultades que vivimos”.¹⁴⁷

La referencia a los años de plomo constituye una clara alusión a las dictaduras militares vividas por los cuatro países del Mercosur en las décadas que lo antecedieron. El problema de este argumento es que asocia la supranacionalidad con los regímenes autoritarios, tal vez porque la única iniciativa transnacional exitosa entre los hoy socios del Mercosur fue la *operación Cóndor*. Se trata de un terrible ámbito informal de cooperación entre militares que permitió la localización, prisión, tortura y asesinato de centenas de ciudadanos argentinos, brasileros, paraguayos y uruguayos en los años setenta y ochenta.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Peter Robson, *Teoria Económica da Integração Internacional*, Coimbra, Coimbra, 1985, p. 17.

¹⁴⁷ Luiz Olavo Baptista, “A busca de um objetivo modesto”, en *Folha de São Paulo*, 6 de agosto de 1994, pp. 1-3.

¹⁴⁸ Sobre este vergonzoso episodio de la historia de Sudamérica, véase la célebre obra organizada por Alfredo Boccia Paz, Myrian Angélica Gonzáles y Rosa Palau Aguilar, *Es mi informe: los archivos secretos de la Policía de Stroessner*, Asunción, Centro de Documentación y Estudios, 1994. Véanse igualmente Stella Calloni, “Los archivos del horror del Operativo Cóndor”, en *CovertAction*, otoño de 1994, disponible en www.derechos.org/nizkor/doc/condor/calloni.html y el sugestivo título elegido por Ximena Ortúzar, “A

Claro está que tal argumento ignora la evidencia de que, en Europa, la supranacionalidad fue una respuesta a la guerra y al sometimiento de los pueblos. Si es verdad que ella no es necesariamente un sinónimo de democracia en el plano del funcionamiento de las instituciones, como lo demuestran las numerosas críticas acerca del déficit democrático de la Unión Europea, también es verdad que no representa en sí misma una inclinación autoritaria. Todo lo contrario, dado que todos los países miembros de la Unión Europea cuentan con regímenes democráticos, reconocidos como tales en el mundo entero. Corresponde también señalar que la integración económica ejerció un papel decisivo en la democratización de países como España, Grecia y Portugal.¹⁴⁹

Es correcto afirmar que “las instituciones políticas, así como otras instituciones humanas, son al mismo tiempo producto de la historia y de la voluntad de escapar de la historia. Del mismo modo, es grande la tentación, para aquellos que los conciben, de referirse a ‘modelos’ ya probados, sea para inspirarse en ellos, sea para oponérseles”.¹⁵⁰ En una perspectiva histórica, lo más probable sin embargo es que el TAs simplemente haya intentado escapar a los fracasos anteriores de la ALALC y de la ALADI, sin tener que seguir un modelo institucional preciso.¹⁵¹ Así, el TAs apuesta a la ausencia de una estructura sólida justamente como un provecho, no como una desventaja.

En este sentido, parece mejor analizar la oposición entre los principios del Mercosur y los del modelo europeo —cuyas características ciertamente no escaparon a los negociadores del Sur, para quienes las Comunidades Europeas deben de haber sido una referencia hasta para la negación de su modelo— que intentar encontrar

Common Market of Terror”, en *World Press Review*, mayo de 1993, disponible en <www.worldpress.org/oldsite/archives.htm>.

¹⁴⁹ “La democracia es la principal razón de ser de Europa. Es también la principal justificativa para la atracción que ella ejerció sobre Europa del sur y que ejerce hasta nuestros días sobre Europa del este y más allá. Los países de Europa del sur se comprometieron con el camino de la transición hacia la democracia, sea después de la ruptura del proceso democrático en Grecia, sea al final de un largo período de regímenes autoritarios en España y Portugal. Desde entonces, consolidar la democracia instaurada o restaurada era su objetivo fundamental y también el motivo principal, si no el único, de su adhesión a la CE” (Dusan Sidjanski y Ural Ayberk, *L'Europe du Sud dans la CE*, París-Ginebra, PUF-IHEI, 1990, p. 10).

¹⁵⁰ Jean-Louis Dewost, *Commentaire Mégret*, vol. 9, Bruselas, ULB, 1979, 1.ª ed., p. 1.

¹⁵¹ En un mismo sentido opina un gran especialista argentino: “la metodología debe ser flexible y heterodoxa. No se trata de aplicar recetas” (Félix Peña, “Realismo em um mundo inóspito”, en *Folha de São Paulo*, 6 de agosto de 1994, pp. 1-3).

semejanzas entre el Mercosur y el Benelux, ignorando el contexto en el cual se inserta la unión entre Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo. Resta saber si el Mercosur tendrá el mismo destino que el Benelux, o sea, si está destinado a disolverse en un proceso de integración más vasto.

B. LAS DISPOSICIONES DE EFECTO INMEDIATO

A pesar de la debilidad del marco institucional común que instaura, el TAs contiene varias disposiciones cuya aplicación puede ser efectuada desde su entrada en vigor. Esta constatación en nada se relaciona con la noción de *aplicabilidad inmediata* consagrada por el derecho comunitario europeo. No se trata de afirmar que las normas del Mercosur pueden ser aplicadas sin ser “integrad[as] al derecho de los Estados miembros”,¹⁵² o sea, sin que la norma de origen comunitario sea sometida a un mecanismo de transposición para los órdenes jurídicos nacionales.

Esto tampoco significa que las disposiciones contractuales del TAs produzcan automáticamente un *efecto directo*, en el sentido tradicionalmente atribuido a la expresión por el derecho comunitario. En la Unión Europea, un particular puede “invocar una disposición de derecho comunitario con el objetivo de derivar un derecho de ella y, si es necesario, hacer que el juez nacional descarte cualquier disposición del derecho del Estado miembro en cuestión, que no sea compatible con el derecho comunitario”.¹⁵³

¹⁵² Esta es la definición de aplicabilidad inmediata en derecho comunitario, según Philippe Manin, o. cit., p. 312. Tal consecuencia de la singularidad del ordenamiento jurídico comunitario es ampliamente reconocida por la doctrina y admitida incluso por los Estados miembros llamados “dualistas”, a lo largo de los años 1970. Véanse, por ejemplo, L.-J. Constantinesco, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, París, LGDJ, 1970; y Robert Kovar, “L'Immédiateté du droit communautaire”, en *Jurisclasseur Europe*, fasc. 432.

¹⁵³ Philippe Manin, o. cit., p. 313. La cuestión del efecto directo es una de las más espinosas del derecho comunitario. Ella forma parte de una cuestión más amplia, la invocabilidad en juicio de las normas comunitarias, y se coloca de modo diferente conforme la naturaleza del acto normativo en cuestión. Las disposiciones de las directivas y de los acuerdos internacionales suscitan las mayores polémicas en relación con el efecto directo. Véanse, por ejemplo, Jean Gros, “L'invocabilité en justice des accords internationaux des CE”, en *RTDE*, 1983, pp. 203-232; Joël Rideau, “Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des CE”, en *RGDIP*, n.º 2, abril-junio de 1990, pp. 289-418; Emmert y Azevedo, “L'effet direct horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE, un bateau ivre?”, en *RTDE*, 1993, p. 503; Philippe Manin, “L'invocabilité des directives, quelques interrogations”, en *RTDE*, 1990, p. 669, y “A propos de l'accord instituant l'OMC et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la CE”, en *RTDE*, 33(3), julio-setiembre de 1997, pp. 399-428.

Lo que se debe entender por *disposiciones de efecto inmediato* en el contexto del Mercosur es simplemente que la aplicación de una disposición puede ser realizada independientemente de la negociación de un nuevo acuerdo, previendo las condiciones de su ejecución. No se trata, por lo tanto, de la invocabilidad en juicio de esas disposiciones por un particular.

Fue precisamente el caso del artículo 7 del tratado, que prevé que “en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Parte, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional”. Se trata simplemente de la regla de la igualdad de tratamiento entre las mercaderías provenientes de los demás países del bloque y los productos nacionales. Esta disposición fue invocada en jurisdicción brasilera, más precisamente en el estado de Río Grande del Sur, en el caso *Leben*.¹⁵⁴

En el centro de la controversia se encuentra la importación, por una sociedad brasilera, de leche uruguayo embalado y listo para consumo, cuyo equivalente nacional se beneficia con una exención fiscal del impuesto estadual sobre la circulación de mercaderías y servicios (*Impuesto sobre Circulación de Mercaderías y Servicios, ICMS*). El fisco estadual denegó tal exención a la sociedad importadora, denominada *Leben*, que recurrió a la justicia nacional para hacer cumplir el artículo 7 del TAs.

Habiendo el juez brasilero dado lugar a la pretensión de la sociedad *Leben*, no debe esta justa decisión ser interpretada como reconocimiento de efecto directo de una norma del Mercosur, en la acepción europea del término. Considerando que el TAs, del mismo modo que la totalidad de las normas del Mercosur, fue incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales para que sus efectos pudiesen producirse, se trata, en este caso, del efecto directo de una norma interna, cuya única particularidad es la procedencia de fuente internacional. El alcance del caso *Leben* se limita a la aptitud del texto del artículo 7 del TAs para producir sus efectos de *plano*, o sea, sin que ningún nuevo acto normativo deba preceder a su aplicación.

En el mismo orden de ideas, los Estados se comprometen —asegura el artículo 8 del TAs— “a preservar los compromisos asumidos hasta la fecha de la celebración del presente Tratado, inclusive los acuerdos firmados en el ámbito de la Asociación

¹⁵⁴ Poder Judicial del Estado de Río Grande del Sur, *Proceso n.º 01197608241*, sentencia del 13 de enero de 1998. Sobre esta decisión, muy poco comentada por la doctrina, véase Deisy Ventura, “O direito e o avesso do Mercosul”, en *Folha de São Paulo*, 3 de julio de 1998, pp. 1-3.

Latinoamericana de Integración, y a coordinar sus posiciones en las negociaciones comerciales externas que emprendan durante el período de transición”. En principio, este enunciado parece relacionarse con la norma programática de coordinación ya referida. Pero el inciso *d* del mismo artículo determina que los signatarios “extenderán automáticamente a los demás Estados Parte cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración”. El empleo del término *automáticamente* permite, sin duda, que el Estado miembro beneficiado por esta regla pueda reclamar sin demora su aplicación por los socios.

Tratándose de relaciones comerciales con terceros países, el texto del artículo 4 parece suficientemente claro y objetivo para fundamentar una eventual demanda de un Estado miembro contra un socio que permitiese la entrada en el mercado común de un producto favorecido por práctica de *dumping* o competencia desleal. Los Estados miembros están, en efecto, obligados a aplicar “sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influidos por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal”. Queda por saber si las normas nacionales son capaces de impedir tales prácticas que distorsionan la competencia.¹⁵⁵

En el seno de esta clasificación, es igualmente posible evocar la duración indefinida del tratado, las condiciones de entrada en vigor y de ratificación (artículo 19), así como las condiciones de su denuncia (artículo 21); especialmente la obligación, por el Estado denunciante, de respetar las obligaciones relativas a la liberación comercial durante los dos años siguientes a la denuncia (artículo 22). Sin embargo, las cláusulas contractuales clásicas de los tratados internacionales son las que aportan una sustancial contribución al presente análisis.

En realidad, los ejemplos más significativos de normas directamente aplicables son los anexos del TAs, particularmente el anexo I, en el cual se encuentra el programa de liberación comercial del bloque. Dotado de un calendario de eliminación progresiva y anual de restricciones arancelarias y no arancelarias, este mecanismo sería completamente automático. De este modo, las reducciones de arancel ocurrirían

¹⁵⁵ Sobre las normas relativas a subsidios y a *dumping* en los países del Mercosur, véanse Nelson Koiffman, “Dumping e Mercosur”, en *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*, San Pablo, LTr, 1996, pp. 383-406; y Araminta Mercadante, “Mercosul: salvaguarda, *dumping* e subsídios”, en *Mercosul. Das negociações à implantação*, San Pablo, LTr, 1996.

sin posibilidad de recurso o cualquier tipo de renegociación. Además, el sistema cubriría todos los productos de la pauta comercial de los signatarios, con excepción de aquellos que los Estados parte hayan hecho constar en las listas de excepciones. Al término de cada año, una parte de los productos que figuraban en tales listas sería incorporada al proceso de reducción arancelaria.¹⁵⁶

El anexo II, por su parte, prevé reglas de origen (régimen general, declaración y certificación) que podrían ser objeto de aplicación directa. Dichas normas sirven para definir la nacionalidad de los productos puestos en circulación —o sea, su origen argentino, brasilero, paraguayo o uruguayo—, excluyendo del tratamiento arancelario preferencial a todos los productos de origen tercero, aunque provenientes de un Estado miembro. Nótese que la procedencia es el lugar en el cual la última operación de transporte de la mercadería comenzó, mientras que el origen constituye el porcentual mínimo de contenido local que un producto debe presentar para ser considerado regional o nacional.

La importancia del régimen de origen preconizado en Asunción es tal, pues tuvo en vista la totalidad de los productos comercializados por los socios, sin excepciones. Por otro lado, sería el único instrumento capaz de garantizar la preferencia arancelaria regional, ausente la previsión de tratamiento común en relación con productos de origen tercero. El campo de aplicación pretendido por el anexo II fue más amplio que el estipulado en el régimen de origen, que lo sustituyó en 1994. El nuevo régimen se aplica solamente a cierta categoría de productos, mientras que el anexo II se aplicaba a todos los productos en circulación.¹⁵⁷

Finalmente, el anexo IV impone el régimen de aplicación de las medidas de salvaguardia por los socios.

Por todo esto, no puede negarse la naturaleza jurídica compleja del TAs. Este tratado da inicio a un proceso de integración regional y diseña una nueva entidad económica, de la que establece los principios y objetivos y a la que dota de una estructura provisoria (a pesar de que a la entidad le atribuya carácter permanente), creando indiscutiblemente derechos y obligaciones con relación a los Estados miembros.

¹⁵⁶ Sérgio Florêncio y Ernesto Araújo, *Mercosul Hoje*, San Pablo, Alfa Ômega, 1996, p. 42.

¹⁵⁷ Véase Ana Cristina Paulo Pereira, *Mercosul: o novo quadro jurídico das relações comerciais na América Latina*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 1997, part., pp. 116-122. Sobre el actual régimen de origen del Mercosur, véase el más reciente marco regulatorio general: la decisión CMC 01/04, de 6 de mayo de 2004.

SECCIÓN 2

La personalidad jurídica del Mercosur

La doctrina jurídica no ha dado pruebas, hasta el presente, de un gran rigor analítico con relación al Mercosur. El bloque fue formalmente desprovisto de personalidad jurídica hasta el advenimiento del Protocolo de Ouro Preto de 1994, cuando se reforzó la idea de que el Mercosur no constituía una organización internacional durante el período de transición. Frente a ello, se buscan mayores precisiones acerca del ejercicio de la personalidad jurídica internacional del Mercosur (§ 2), luego de breves consideraciones sobre su personalidad jurídica interna (§ 1).

§ 1 La personalidad interna

Una organización internacional no posee territorio propio. Por esta razón, se instala sobre el territorio de un Estado para ejercer sus funciones. La capacidad de actuar en el ámbito del ordenamiento jurídico de los Estados miembros requiere la existencia de una personalidad distinta de la personalidad internacional.¹⁵⁸ Se trata entonces de la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones en el ámbito interno. Esta necesidad no tardó en imponerse al Mercosur.

Al principio, los Estados miembros creyeron que la “levedad” institucional del bloque tornaba innecesario el reconocimiento de una personalidad. Durante el período de transición, todos los actos relativos a la capacidad jurídica interna del bloque eran practicados por los Estados miembros, en especial por Uruguay.

De hecho, las reuniones del órgano del Mercosur tenían lugar en los países que ejercían la presidencia del bloque durante el semestre en curso¹⁵⁹ —presidencia *pro tempore*—, lo que subsiste hasta nuestros días. En el TAs, la única mención sobre una sede se refiere a la Secretaría Administrativa del Mercosur, que en aquella época no era un órgano del tratado, sino simplemente un servicio auxiliar del Grupo Mercado Común.¹⁶⁰ Teniendo a cargo la tarea de formar y guardar los archivos,

¹⁵⁸ Daniel Dormoy, *Droit des organisations internationales*, París, Dalloz, 1995, p. 36.

¹⁵⁹ Según el art. 1.º de la decisión CMC n.º 14/1991.

¹⁶⁰ Véase art. 15 del TAs.

además de facilitar la comunicación entre los miembros, la Secretaría se situó en Montevideo, y el gobierno uruguayo fue encargado de su instalación y organización.¹⁶¹

En sus comienzos, la Secretaría contaba apenas con cuatro funcionarios, uno por país, nombrados y pagados por los respectivos Estados.¹⁶² Además, no disponía ni siquiera de un presupuesto. Uruguay cubría los costos de funcionamiento, contando eventualmente con financiamiento externo o contribuciones voluntarias de los demás Estados.¹⁶³

La dinámica del proceso de integración, junto con las presiones de la delegación uruguaya, particularmente durante los preparativos del Protocolo de Ouro Preto,¹⁶⁴ llevó a los Estados miembros a atribuir al Mercosur una personalidad jurídica interna. El artículo 36 del POP permitió finalmente que firmase acuerdos de sede. Como la Secretaría era, en aquel momento, el único órgano que disponía de una sede, hubo solamente un acuerdo cuyo objeto fue, precisamente, el ejercicio de las funciones de la Secretaría Administrativa del Mercosur en el territorio uruguayo.¹⁶⁵

A semejanza de varios acuerdos de sede, este tratado concluido entre Uruguay y el Mercosur coloca a disposición de la SAM varios instrumentos tradicionalmente puestos al servicio de las organizaciones internacionales: inmunidad de jurisdicción, inviolabilidad del local donde está fijada la sede y las exenciones fiscales.¹⁶⁶ Los funcionarios de la SAM se benefician de un estatuto equivalente al atribuido a los funcionarios de las misiones diplomáticas permanentes, y su director disfruta de una posición equivalente a la de un jefe de Misión.¹⁶⁷

¹⁶¹ Aplicación del artículo 35 *caput* del reglamento del GMC, aprobado por la CMC/DEC n.º 04/1991 del 17 de diciembre de 1991.

¹⁶² *Ibidem*, § 1.º. Sin embargo, a comienzos de 1993, los Estados miembros tuvieron que aumentar el número de funcionarios de la Secretaría. Véase CMC/DEC n.º 03/93.

¹⁶³ *Ibidem*, *caput*. De la misma manera, el Estado que ejerce la presidencia *pro tempore* del bloque debe encargarse de la organización de las reuniones de los órganos que tienen lugar en su territorio durante el ejercicio del mandato, incluyendo la instalación de secretarías *ad hoc*.

¹⁶⁴ Para conocer en profundidad la posición de Uruguay a este respecto, véase Jorge Pérez Otermin, o. cit., pp. 88-91.

¹⁶⁵ Acuerdo Sede entre la República Oriental del Uruguay y el Mercado Común del Sur (Mercosur) para el funcionamiento de la Secretaría Administrativa del Mercosur, firmado en Fortaleza, el 17 de diciembre de 1996, aprobado por la CMC/DEC n.º 04/96, en *BILA*, n.º 19, julio-diciembre de 1996.

¹⁶⁶ *Ibidem*, arts. 4 a 7.

¹⁶⁷ *Ibidem*, arts. 9 a 12.

Además, el artículo 35 del POP permite al Mercosur, dentro de los límites de sus atribuciones, efectuar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, especialmente el de contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias.¹⁶⁸ De este modo, la capacidad de practicar actos jurídicos en el orden nacional, de la cual el Consejo Mercado Común es titular,¹⁶⁹ constituye la expresión por excelencia de una personalidad jurídica interna. Esta capacidad permitirá al Mercosur crear una burocracia y una infraestructura autónomas, si así lo entendiese necesario.

§ 2 La personalidad internacional

La personalidad internacional de las organizaciones internacionales se vincula a las funciones y objetivos que les fueron atribuidos, y a los derechos y obligaciones de que son titulares.¹⁷⁰ Consecuentemente, la personalidad jurídica de la organización no equivale a la de los Estados, que tienen, por regla, personalidades formalmente idénticas: “las organizaciones poseen una personalidad jurídica de geometría variable, delimitada por la circunstancia de que cada una actúa en el plano internacional dentro del campo que le fue otorgado por su acto constitutivo”.¹⁷¹

La doctrina jurídica sobre el Mercosur no duda en atribuir al Protocolo de Ouro Preto (POP) el nacimiento de la personalidad internacional del Mercosur,¹⁷²

¹⁶⁸ A modo de ejemplo, sobre esta base, Uruguay ha podido ceder los derechos de uso de un inmueble a la Secretaría por el período de 18 años (Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y el Mercado Común del Sur para la Instalación de la Sede de la Secretaría Administrativa del Mercosur en el “Edificio Mercosur”, firmado en Río de Janeiro, el 10 de diciembre de 1998, aprobado por la CMC/DEC n.º 22/98).

¹⁶⁹ Art. 8.º III POP, anteriormente citado.

¹⁷⁰ Conforme a la definición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en el célebre parecer del 11 de abril de 1949, *Recueil*, 1949, p. 174. En aquella ocasión, la Corte estableció una definición funcional de la personalidad jurídica internacional. “Se trata de la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones internacionales, dependiendo estos derechos y obligaciones de los objetivos y funciones atribuidos a la organización, sean ellos enunciados o implicados por su acto constitutivo o desarrollados en la práctica” (Emmanuelle Bribosia, Anne Weyembergh, “La personnalité juridique de l’Union européenne”, en *L’Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruselas, ULB, 1999, pp. 37-60 [40]).

¹⁷¹ Daniel Dormoy, o. cit., p. 34.

¹⁷² Entre abundantes ejemplos se citan algunas opiniones decisivas: “Al entrar en vigor el Protocolo de Ouro Preto, el Mercosur pasa a tener una naturaleza jurídica diferente de la original [...]. La mutación, en esta nueva fase, será, entonces, la adquisición de la personalidad jurídica” (Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul. Suas instituições e ordenamento jurídico*, San Pablo, LTr, 1998, p. 57); “O POP também dotou o Mercosul de personalidade jurídica internacional” (Sérgio Florencio, Ernesto Araujo, *Mercosul Hoje*, San Pablo, Alfa Ômega-FUNAG, 1996, p. 74); “O Mercosul passou a existir no mundo jurídico a partir do POP” (Haroldo Pabst, *Mercosul. Direito da Integração*, Río de Janeiro, Forense, 1997, p. 106).

lo que se debe en gran parte al silencio del TAs sobre el asunto.¹⁷³ La dinámica del período de transición exigió, sin embargo, recurrir a ciertos actos que revelan una capacidad jurídica difícil de clasificar (II). Fue preciso esperar las reuniones de Ouro Preto, transcurridos más de tres años de la firma del TAs, para que se produjese tal reconocimiento explícito de la personalidad internacional el Mercosur (I).¹⁷⁴

I. El reconocimiento expreso por el Protocolo de Ouro Preto

Los Estados parte sólo desearon reconocer la personalidad internacional del Mercosur en el momento de la redacción del POP. El papel de la organización creada por el TAs en el plano internacional estaba claro a los ojos de los socios: la inserción de sus países en una economía “global”. Pero ellos consideraban que el reconocimiento de una personalidad jurídica internacional era todavía prematuro. Una vez más, la práctica fue llamada a dirigir la evolución del bloque. Cuando un acuerdo internacional pareciera deseable, los socios podrían negociarlo en nombre de los cuatro Estados miembros, como cualquier otro acuerdo multilateral.

Para algunos autores, el cambio de rumbo promovido en Ouro Preto se debió a la acción de la Unión Europea. Europa habría exigido este *paso al frente* como condición previa a la profundización de sus relaciones comerciales con el Mercosur.¹⁷⁵ La Unión habría indicado la importancia de otorgar una personalidad internacional al Mercosur para que el acuerdo negociado entre los bloques y los

¹⁷³ Algunos autores también resaltaron que los órganos del Mercosur no eran, en rigor, verdaderos órganos: se parecían más a “comisiones mixtas o *joint agencies*”, para destituir al bloque de cualquier autonomía en relación con sus Estados miembros; véase por ejemplo Francisco Rezek, o. cit., 5.^a ed., p. 270. El autor considera claramente la creación de órganos autónomos y la capacidad de concluir tratados internacionales como los criterios por excelencia para permitir la identificación de la personalidad jurídica de una organización internacional (ibídem, pp. 252-255).

¹⁷⁴ Las versiones originales del art. 34 POP, en portugués y español, emplean el verbo “tener” en futuro simple: “El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional”. Sería temerario deducir de este matiz un elemento de interpretación de la voluntad de los Estados, considerándose que, entre los 53 artículos del POP, trece adoptan el tiempo presente del indicativo mientras cuarenta utilizan el futuro simple, sin permitir la deducción de un criterio lógico para tal empleo. A título de ejemplo, de los seis artículos que determinan las funciones de los órganos del Mercosur, tres fueron redactados en el tiempo futuro (arts. 25, 29 y 32) y tres en el presente (arts. 8, 14 y 19). Al momento de la redacción de este protocolo, todos los órganos ya realizaban estas mismas funciones en el marco de la estructura provisoria prevista por el TAs, excepto el Foro Consultivo Económico y Social.

¹⁷⁵ Véase Jorge Grandi y Daniel Schutt, “O Mercosul em 1996: Consolidação ou Incerteza?”, en *Contexto Internacional*, (18)2, 1996, p. 338.

respectivos Estados miembros pudiese constituir una verdadera convención *intercomunitaria* o *interregional*.¹⁷⁶

En realidad, Brasil y Uruguay ya habían presentado esta propuesta, en 1993, en los documentos preparatorios de la CIG de Ouro Preto, que originó el POP.¹⁷⁷

Por lo tanto, el texto del Protocolo confiere expresamente al Consejo Mercado Común, en su artículo 8 III, el poder de “ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur”. De aquí en adelante, el Consejo puede “negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales” (artículo 8 IV). Puede también delegar esta función al Grupo Mercado Común, “dentro de los límites establecidos en mandatos específicos concedidos con esa finalidad” (artículos 8 IV y 14 VII). El Grupo puede también, y en las mismas condiciones, delegar la función de negociar y firmar acuerdos en nombre del Mercosur a la Comisión de Comercio (artículo 14 VII).

Las referencias expresas a la personalidad jurídica del Mercosur están tan ausentes en el texto firmado en Asunción como presentes en el de Ouro Preto. Sin embargo, cabe preguntarse si el bloque realmente esperó hasta 1995 para practicar actos que revelasen una personalidad internacional. Esta duda se basa en el enunciado clásico de la teoría general de las organizaciones internacionales, según el cual “el silencio de los actos de creación de una organización no autoriza a poner en duda el hecho de poseer una personalidad jurídica internacional”.¹⁷⁸

II. La práctica paralela al reconocimiento formal

Una organización internacional posee, como toda persona jurídica, “una dosis mínima de personalidad”, y este “núcleo” puede ser calificado de “funcionalidad” en el sentido de ejercicio de sus funciones.¹⁷⁹ Por consiguiente, la personalidad jurídica

¹⁷⁶ Marcus Toledo Silva, *Mercosul e personalidade jurídica internacional*, Río de Janeiro, Renovar, 1999, p. 185.

¹⁷⁷ Véase el cuadro n.º 2, “El modelo institucional propuesto por cada Estado miembro”, p. 591-592.

¹⁷⁸ “Esta resulta implícita, pero necesariamente de las demandas expresadas por los Estados fundadores en ocasión del establecimiento de la organización internacional. [...] el poseer personalidad es una de las principales características de toda institución social; ella encuentra su fundamento en la convención constitutiva, en su conjunto, sin que haya necesidad de una disposición que la atribuya expresamente” (Nguyen Quoc Dinh, o. cit., p. 570).

¹⁷⁹ *Ibidem*. Para el alcance de la noción de función de las organizaciones internacionales, véase Michel Virally, “La notion de fonction dans la théorie de l’organisation internationale”, en *Mélanges Charles Rousseau*, París, Pedone, 1974, pp. 277-300.

in concreto de una institución corresponde “al ejercicio de todas las competencias —inclusive implícitas— necesarias para la realización de los objetivos implicados en la especialidad de la organización”.¹⁸⁰

Luego, es necesario verificar en qué medida los instrumentos previstos por el TAs en el ámbito de las relaciones exteriores, al permitir alcanzar los objetivos tenidos en vista por el tratado, confirieron al Mercosur una personalidad jurídica internacional. Sólo se puede hablar de instrumentos o funciones, pues los acuerdos del Mercosur, incluido el POP, jamás utilizaron el término *competencia*. Ateniéndose al sentido estricto de esta palabra, la personalidad jurídica del Mercosur no podría ser reconocida, pues él nunca se benefició de una transferencia de competencias estatales. Además, los Estados miembros jamás renunciaron a la acción unilateral en las materias cubiertas por el tratado.

Es preciso señalar que el preámbulo del tratado constitutivo define al Mercosur como una respuesta a la necesidad de una inserción internacional apropiada de los Estados miembros, frente a la evolución de las relaciones internacionales, en particular de los “grandes espacios económicos”.¹⁸¹ En este sentido, las partes se comprometen a adoptar un arancel externo y una política comercial comunes con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados (artículos 1 y 5 *c*). Por otro lado, los Estados miembros se comprometen a coordinar sus posiciones en los foros económicos y comerciales, en escala regional e internacional.¹⁸²

En relación con la obligación de coordinación de posiciones, si bien es verdad que el Mercosur nunca habló con una sola voz —y aún hoy, después del reconocimiento expreso de la personalidad internacional, los Estados tienen dificultad de concretar sus posiciones—,¹⁸³ nadie duda de que sus objetivos e intereses muchas

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ De acuerdo con el preámbulo del TAs, “teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países”.

¹⁸² Art. 1.º, *in fine*, y art. 8.º, *caput y a*). En un mismo sentido, la Dec. CMC 15/91, adoptada en la 1.ª reunión del Consejo, el 17 de diciembre de 1991; véase *Informativo Mercosur n.º 3*, disponible en www.mre.gov.br/unir/webunir/BILA/03/INDICE.HTM.

¹⁸³ A modo de ejemplo, a propósito de los sucesivos debates sobre la reforma del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, durante años la Argentina y Brasil mantuvieron candidaturas concurrentes al eventual Consejo reformado. Véase, por ejemplo, Ricardo Seitenfus, “A falsa conquista”, en *Folha de São Paulo*, 18 de octubre de 1994, pp. 1-3; y “O jogo norte-americano”, en *Folha de São Paulo*, 27 de agosto de 1997.

veces se hicieron oír, como bloque, en reuniones internacionales.¹⁸⁴ El Mercosur se expresó tanto a través de su presidencia *pro tempore*¹⁸⁵ como por las declaraciones de los representantes de los Estados miembros.¹⁸⁶ Más que una simple práctica, la referencia al Mercosur es un instrumento considerable de las políticas externas de cada uno de los Estados miembros, lo que lleva a creer que la ambición mayor del TAs —la de insertar mejor a sus signatarios en las relaciones internacionales— fue realizada incluso antes del advenimiento del POP.

En segundo lugar, en lo que respecta al establecimiento de un arancel externo y una política comercial comunes, la integración económica iniciada por el TAs constituye, por naturaleza, un proceso en construcción, cuyos objetivos y funciones se realizan paulatinamente.¹⁸⁷ Así, cuando se analiza la política comercial de los Estados miembros, se constata que el Mercosur es una especie de *quinta personalidad* en relación con sus creadores.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Según René-Jean Dupuy, la emergencia de un bloque en la vida internacional puede producirse de diversas formas. El caso de las Comunidades Europeas —en que la Comunidad, cubriendo enteramente sus Estados miembros, los sustituye— no es el único ni el más importante. Así, es posible que “en una forma poco rigurosa, ella [la Comunidad] se encuentre representada por uno de sus Estados miembros. [...] En otras circunstancias, y la situación sería entonces más avanzada en la vía comunitaria, varios miembros de la Comunidad participan de una organización o negociación multilateral, y uno de ellos interviene como portavoz de la Comunidad. En una tercera situación, la entidad de la Comunidad aparece distinta de sus miembros, en el sentido de que, aunque ellos participan de la negociación, funcionarios de la Comisión están presentes como observadores. Un paso al frente se dio cuando, al lado de los Estados, el representante de la Comisión tuvo reconocido su derecho de participación activa” (“Du caractère unitaire de la CEE dans ses relations extérieures”, en *Annuaire Français de Droit International*, IX, 1963, pp. 779-825 [782]). Para una visión actual de la participación de las Comunidades en los foros internacionales, véase Christine Carotenuto, *La participation de la CE et des ses Etats membres aux organisations internationales*, tesis, Universidad de Estrasburgo, 1999.

¹⁸⁵ En las reuniones y convenciones donde los países del Mercosur actúan de forma coordinada, la función del portavoz cabe al país que ejerce la presidencia del Consejo Mercado Común y, consecuentemente, la presidencia de todas las instituciones del Mercosur (art. 2.º del Dec. CMC n.º 14/91, 17 de diciembre de 1991, en *Informativo Mercosul* n.º 3, o. cit.).

¹⁸⁶ No sin titubeos de parte de los interlocutores que recurrieron a varias expresiones para calificarlo: “el Mercosur”, “las instituciones del Mercosur”, “los países miembros del Mercosur”, “los cuatro gobiernos del Mercosur”, etc. Véanse, por ejemplo, las declaraciones sobre la notificación del Mercosur al GATT, hechas por los embajadores Félix Peña (Argentina), Rubens Barbosa y Celso Amorim (Brasil) en la 72.ª sesión del Consejo de Representantes (GATT) del 13 de julio de 1992, en *BILA*, n.º 7, octubre-diciembre de 1992.

¹⁸⁷ De hecho, esta visión de “movimiento” nunca abandonó el Mercosur, como notó recientemente Paulo Roberto de Almeida: “El Mercosur es, así, un *ongoing process*, un *work in progress*, una construcción inacabada” (“O futuro do Mercosul: dilemas e opções”, en *Mercosul, integração regional e globalização*, San Pablo, LTr, 1998).

¹⁸⁸ Se toma prestada del derecho comunitario y se adapta al caso del Mercosur la expresión “cuarta personalidad”, que nació del debate relativo a la personalidad jurídica de la UE. Es “la tesis de que, esforzándose para alcanzar una especie de compromiso, admite la personalidad de la Unión, dejando subsistir también la de las Comunidades Europeas” (Antonio Tizzano, “La personnalité juridique de l’Union européenne”, en *RMUE*, n.º 4, 1998, p. 35).

En realidad, los Estados se ocupaban de la política comercial tanto individual como bilateralmente, en el contexto del Mercosur o en el seno de otras organizaciones internacionales. Fue precisamente la concertación entre los socios lo que les permitió elegir los momentos en los cuales el Mercosur debía entrar en escena.

Esto explica que el Mercosur haya concluido, durante el período de transición, dos acuerdos internacionales,¹⁸⁹ sin contar en esa época con la capacidad jurídica necesaria, o sea, con el *treaty-making power*. Tal poder constituye “la facultad de concluir acuerdos internacionales, de comprometerse a través de convenciones concluidas con otros sujetos de derecho internacional; por lo tanto, contraer obligaciones internacionales que deberán respetar”.¹⁹⁰ Como ya fue señalado, el poder de celebrar tratados no fue atribuido al Mercosur hasta Ouro Preto.

No hay duda de que el bloque fue representado de modo bastante heterogéneo, ya que los acuerdos firmados fueron concluidos por el Consejo Mercado Común (acuerdo con la Comisión Europea),¹⁹¹ pero también por cada uno de los Estados miembros en forma individual —como es el caso del acuerdo llamado *4+1*, firmado en 1991 entre los gobiernos de los Estados miembros y los Estados Unidos, en el cual los países del Mercosur son denominados, a lo largo del texto, “partes sudamericanas”.¹⁹²

Tal diversidad no se debe, aparentemente, a la aplicación de criterios jurídicos: el notorio pragmatismo del Mercosur lleva a creer que las partes en estos acuerdos fueron elegidas en función de la materia y de los intereses en causa.¹⁹³ Y no impidió, en absoluto, que dichas convenciones produjesen los efectos deseados por los contratantes. De este modo, permaneciendo titulares de los derechos y obligaciones resultantes del TAs, los Estados miembros esbozaban, según su conveniencia, un nuevo sujeto de derecho.

¹⁸⁹ Véase “Función internacional” de las instituciones del Mercosur, p. 153.

¹⁹⁰ Simone Dreyfus, o. cit., p. 88.

¹⁹¹ Firmado el 29 de mayo de 1992, en Santiago; véase el texto integral en *BILA*, n.º 5, abril-junio de 1992.

¹⁹² Firmado el 19 de junio de 1991, en Washington; véase el texto integral en *BILA*, n.º 2, setiembre de 1991.

¹⁹³ Ana Cristina Paulo Pereira, *Mercosul: o novo quadro jurídico das relações comerciais na América Latina*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 72. Frecuentemente, estas elecciones denotan “preocupaciones de naturaleza política, o hasta una preocupación con la imagen” (Tizzano, o. cit., p. 15), aún más por tratarse de la personalidad jurídica, campo en el cual “la ficción es familiar” (ibídem, p. 40).

Por lo tanto, es difícil estar de acuerdo con las numerosas posiciones según las cuales sólo sería posible hablar de relaciones exteriores del Mercosur, como bloque, después del Protocolo Ouro Preto.¹⁹⁴ De cualquier manera, la conclusión de estos acuerdos no le confiere automáticamente una personalidad internacional. En el mismo sentido, el hecho de ser parte de un tratado no equivaldría al reconocimiento de un Estado como sujeto de derecho internacional.¹⁹⁵

Finalmente, las relaciones mantenidas por el Mercosur hasta 1995 sólo pueden ser explicadas por el ejercicio de una “personalidad jurídica embrionaria”,¹⁹⁶ cuya evolución más clara es el POP y las relaciones jurídicas que pasaron a fundarse en él.

La complejidad de los objetivos del TAs no corresponde a la estructura de la cual se dotó. En efecto, las instituciones del Mercosur son más flexibles que las de varias organizaciones internacionales que pretenden apenas la realización de una simple cooperación entre Estados. Esto no se debe al TAs y sí a la dinámica instaurada por los Estados para ejecutar sus cláusulas.

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, Toledo Silva, *Mercosul e personalidade...*, o. cit., p. 5.

¹⁹⁵ En realidad, “según la teoría general del reconocimiento, la conclusión de un acuerdo internacional no garantiza el reconocimiento, aun cuando el acto no es acompañado de ninguna reserva a ese propósito” (Jean Groux y Philippe Manin, *Les Communautés européennes dans l'ordre international*, Luxemburgo, OPOCE, 1984, p. 22).

¹⁹⁶ La expresión fue utilizada por Joël Rideau en relación con la personalidad jurídica de la Unión Europea: “parece muy difícil, en la fase actual, llegar a otra conclusión que no sea la de la existencia de una personalidad embrionaria de la Unión Europea. La evolución dependerá esencialmente de la efectividad de su acción, ella misma condicionada por la capacidad de los Estados de definir posiciones comunes y de decidir acciones comunes” (*Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, París, LGDJ, 1996, p. 231). Para conocer las diferentes tesis que animan el debate sobre la personalidad jurídica de la UE, véase Antonio Tizzano, o. cit., pp. 11-40; y Emmanuelle Bribosia, Anne Weyembergh, “La personnalité juridique de l'Union européenne”, o. cit.

2.

La dinámica de un simple entendimiento entre Estados

El funcionamiento de las instituciones de la integración se apoya en una dinámica diferente de la que caracteriza a las instituciones del Estado. Es el caso del sistema institucional europeo, en el cual existe una marcada disociación entre el órgano y la función: ningún órgano posee una función exclusiva, ninguna función es ejercida por un solo órgano. Ello explica la necesidad de analizar sucesivamente su estructura orgánica y su organización funcional.¹⁹⁷

Sin embargo, si la dinámica institucional del Mercosur se distancia del modelo del Estado, al contrario de Europa, ella está apoyada en la dinámica de sus propios Estados. Después de la presentación de la estructura orgánica perfeccionada por la Conferencia Intergubernamental de Ouro Preto, prevista por el TAs (sección 1), se identificará la peculiar organización funcional del Mercosur (sección 2).

¹⁹⁷ Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1997, p. 107.

SECCIÓN 1

La estructura orgánica

De acuerdo con las disposiciones del TAs, los Estados miembros debían llegar a una estructura institucional definitiva del Mercosur antes de que el mercado común fuese implementado. Para ello, una Conferencia Intergubernamental (CIG) había de tener lugar en junio de 1994.¹⁹⁸ En realidad esta conferencia ocurrió en diciembre de 1994, con el nombre de *Reunión de Ouro Preto*.

Se construyó una estructura institucional permanente (§ 1.º) que preserva, no obstante, en el reparto de poderes entre los Estados miembros y las instituciones comunes, el estricto respeto a la intergubernamentalidad (§ 2.º).

§ 1.º La adopción de una estructura institucional permanente

En el seno de la CIG, se confrontaron diferentes percepciones sobre la integración (I). El cuadro orgánico definitivo trae pocas innovaciones en relación con la estructura provisoria tejida en Asunción (II).

I. Las diferentes visiones de la integración

A fin de preparar la CIG, un *Grupo ad hoc sobre los aspectos institucionales* fue creado, el 22 de abril de 1993, como órgano subordinado al GMC.¹⁹⁹ Fue en esta época que en Europa la integración tomó la forma de Unión Europea, erguida sobre tres pilares distintos —el primero de ellos, las Comunidades Europeas—, y que la Unión Económica y Monetaria fue instituida para implantar la moneda única europea. La *tecnología* de la integración europea avanzaba, así, a grandes pasos.

En el Mercosur, el debate capitaneado por el Grupo *ad hoc* no sacó provecho de las ideas suscitadas por este salto del Viejo Continente en dirección a una unión

¹⁹⁸ Calendario de Las Leñas, Dec. CMC 1/92, en *BILA*, n.º 6, julio-setiembre de 1992. Este calendario presenta un proyecto muy ambicioso, varias veces criticado por ser inejecutable, y fue efectivamente postergado innumerables veces por los Estados miembros.

¹⁹⁹ Res. GMC 7/93, en *BILA*, n.º 9. Este grupo *ad hoc* se componía de diplomáticos y la participación de la sociedad civil de los Estados miembros estaba integralmente ausente.

más profunda, inclusive en el plano político. En efecto, estas reuniones se vieron perseguidas por el fantasma de la vieja oposición entre los adeptos de la supranacionalidad y los defensores de la intergubernamentalidad.

Varios instrumentos inspirados en el Tratado de Roma fueron propuestos por las delegaciones nacionales, excepto la delegación brasilera. Los Estados miembros pudieron así confrontar sus diferentes percepciones de la evolución institucional del Mercosur. En un primer momento, es preciso retener lo esencial del contenido de los documentos presentados por las delegaciones en los trabajos preparatorios del Grupo *ad hoc* (A).²⁰⁰ A continuación, nótese que la posición brasilera, impuesta al final sobre las demás, merece un análisis específico (B).

A. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS

En lo que respecta al balance del funcionamiento de los órganos del período de transición, Argentina indicó las dificultades encontradas por la SAM, cuyas tareas, por falta de estructura adecuada, fueron generalmente ejecutadas por los Ministerios de Relaciones Exteriores de cada país. Al señalar también la falta de homogeneidad y coordinación dentro de los grupos de trabajo, los representantes argentinos concluyeron que las instituciones del período transitorio no estaban adaptadas al actual estadio de integración del Mercosur.

Por el contrario, Brasil consideró que, a pesar de la complejidad de las tareas y de las dificultades, tales como la falta de infraestructura y de comunicación suficientes, la dinámica institucional fue satisfactoria a lo largo del período de transición.

Paraguay, por su parte, se conformó con indicar que el GMC tuvo una acción decisiva y reiteró la crítica argentina relativa a la SAM. Uruguay, finalmente, consideró

²⁰⁰ Según Deisy Ventura, *A ordem jurídica do Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, pp. 49-50. Para las versiones integrales de estos documentos, véase António Boggiano, "Hacia el desarrollo comunitario del Mercosur desde la experiencia de la UE", en *O Mercosul e a União Européia*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1994, pp. 63-76. Véanse también las actas de las reuniones del grupo *ad hoc* sobre los aspectos institucionales: 1.ª reunión del 14-15 de junio de 1993, en Brasilia (*BILA*, n.º 10); 11.ª reunión, del 9-10 de setiembre de 1993, en Montevideo (*BILA*, n.º 11, de octubre-diciembre de 1993, p. 103); 4.ª reunión, del 28-29 de setiembre de 1994 en Brasilia, y 5.ª reunión, del 12-13 de octubre de 1994, en Montevideo (*BILA*, n.º 15, octubre-diciembre de 1994, pp. 90-94).

que, si bien era adecuada al período de transición, la estructura del TAs debía completarse, teniendo en cuenta las nuevas necesidades del proceso de integración.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de esa estructura institucional definitiva, Argentina argumentó que un órgano intergubernamental debería representar los intereses nacionales, mientras que un órgano independiente de los gobiernos debería representar los intereses comunitarios. Al tener funciones distintas, estos órganos no deberían estar subordinados entre sí. Una fusión entre el CMC y el GMC formaría un nuevo Consejo, después de la creación de un nuevo Grupo, esta vez independiente. Los actuales grupos de trabajo cederían su lugar a Comisiones Técnicas. Las funciones de la SAM serían ampliadas. Se crearían un Parlamento del Mercosur y un Foro de Consulta Económica y Social.

En la perspectiva de Paraguay, la naturaleza intergubernamental debería subsistir para funciones ejecutivas y decisorias, pero un órgano jurisdiccional supranacional debería ser incorporado a la estructura definitiva del Mercosur. Los grupos de trabajo, por su parte, serían sustituidos por direcciones generales.

Brasil consideró que la naturaleza intergubernamental, así como los órganos ya existentes, deberían subsistir, aunque el Mercosur fuese dotado de una personalidad jurídica internacional. Nuevos grupos de trabajo deberían ser creados en nuevas áreas. Los grupos de trabajo actuales serían transformados en comisiones de gestión temática, de carácter evidentemente intergubernamental.

También favorable a la atribución de una personalidad jurídica internacional al Mercosur, Uruguay deseó mantener los principios de gradualidad y flexibilidad. Propuso la ampliación de las competencias de la SAM y la creación de un tribunal independiente o Corte de Justicia.

En cuanto a si el Mercosur debía o no poseer un ordenamiento jurídico autónomo, Argentina fue de la opinión de que el derecho comunitario habría de primar sobre el derecho interno, dotado igualmente de una aplicabilidad inmediata. Las normas deberían ser jerarquizadas bajo la forma de un sistema. En igual sentido, Paraguay se mostró favorable a la aplicabilidad inmediata de las normas comunes, en particular de las resoluciones del GMC.

Uruguay también propuso el reconocimiento de carácter coercitivo para las normas comunes, a través de la aplicación inmediata y de la primacía del derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales. Brasil, sin embargo, propuso que

se mantuviera la exigencia de incorporación de las decisiones de los órganos del Mercosur en los ordenamientos internos, de acuerdo con cada proceso nacional de *internalización*. Además, consideró que los Estados deberían ser obligados a notificar a la SAM sobre la adopción de las medidas nacionales de incorporación, dejando claro que las reglas del Mercosur sólo podrían entrar en vigencia después de su ratificación por los cuatro Estados miembros.

Respecto al sistema de toma de decisiones, solamente Argentina admitió la posibilidad de adopción del voto por mayoría calificada o mayoría simple. Los demás socios propusieron simplemente el mantenimiento del consenso, al tiempo que Brasil no se manifestó sobre la necesidad de la presencia de todos los Estados parte.

En lo que se refiere al sistema de solución de controversias, Argentina propuso la evolución del sistema provisorio para una Corte Arbitral, encargada de interpretar el derecho comunitario a pedido de las instituciones de los Estados miembros o de las jurisdicciones nacionales. Brasil prefirió el mantenimiento puro y simple del sistema transitorio. Paraguay, por otro lado, propuso la sustitución del Protocolo de Brasilia por un Tribunal de Justicia que garantizase la interpretación uniforme de las normas comunitarias. En el mismo sentido, Uruguay sugirió, con el fin de garantizar una uniformidad de interpretación del tratado y el control de legalidad, la creación de un tribunal independiente o de una Corte de Justicia, a los cuales podrían tener acceso los Estados y los particulares.

Tomando específicamente las propuestas argentinas, claramente inspiradas en el derecho europeo, se destacan cuatro innovaciones.

En primer lugar, la delegación argentina deseaba la constitución de un ordenamiento jurídico autónomo para el Mercosur, gracias a la consagración de los principios de primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales y de la aplicación inmediata del derecho derivado. Paraguay y Uruguay compartían esta idea, y agregaban la propuesta de crear un órgano de tipo jurisdiccional, encargado del control de la uniformidad de interpretación del derecho derivado del Mercosur. Sin embargo, ninguna delegación propuso la creación de un órgano supranacional de aplicación del derecho de la integración.

En segundo lugar, a pesar de no haber empleado la expresión *supranacionalidad*, la delegación argentina vislumbraba un nuevo *Grupo Mercosur*,

muy próximo a las características de la Comisión Europea, que representaría el interés comunitario y estaría dotado de instrumentos para garantizar su respeto. Además, contaría con cuatro especialistas de gran prestigio y notorio saber en el área de la integración, nombrados para un mandato de dos años, que ejercerían sus funciones con total independencia de los Estados miembros y estarían obligados a residir permanentemente en la ciudad en que se constituyera la sede de ese órgano. Ahí se observan los principales rasgos de la Comisión Europea: la búsqueda del interés colectivo, la independencia, el carácter permanente y el perfil de órgano ejecutivo dotado de poderes autónomos.²⁰¹

En tercer lugar, los delegados argentinos propusieron la adopción de una mayoría calificada o mayoría simple para los procesos decisorios, según la materia en discusión. De hecho, parece claro que cuanto más una entidad se distancia del consenso, que preserva integralmente las voluntades nacionales, más cerca se llega de una verdadera voluntad colectiva.

Finalmente, Argentina se mostró favorable a la creación de un Parlamento para el Mercosur, con poder de iniciativa, y de un órgano de representación de los empresarios, consumidores y trabajadores. Este último, llamado Foro Consultivo Económico y Social, fue en realidad la única propuesta entre las mencionadas, mantenida por el Protocolo de Ouro Preto. Argentina no contó con ningún tipo de apoyo de los socios sobre el órgano ejecutivo y la ponderación de los votos.

Las propuestas de Paraguay y Uruguay parecían privilegiar la aplicación de normas comunes, que debería ser efectiva y uniforme en todos los Estados miembros, por medio de una instancia de tipo jurisdiccional y de un ordenamiento jurídico autónomo. De cualquier manera, ellos no eran favorables al *modelo institucional europeo*, pues se transferirían ciertas competencias de los Estados para un órgano supranacional de tipo ejecutivo. Dicho de otra manera, para estos dos países sería necesario garantizar la aplicación correcta y sobre todo uniforme de

²⁰¹ Véanse arts. 155 y 157, inciso 2, TCE. Estas características, en general atribuidas a la Comisión, no son consensuadas en la doctrina, en especial en lo que se refiere al perfil del órgano ejecutivo, ya que existe, de hecho, una dualidad de ejecutivos dentro de la CE (Comisión y Consejo). Además, en el contexto del debate sobre la reforma de las instituciones comunitarias, “algunos tienen bastante apuro en ver desaparecer a la Comisión, en nombre de la lucha contra la tecnocracia” (Jean-Victor Louis, “La réforme des institutions de l’UE. Schéma pour une réflexion”, en *RMUE*, n.º 443, diciembre de 2000, pp. 681-685). Para una crítica del funcionamiento de la Comisión Europea, véase Marco Becht, Mathias Dewatripont y Philippe Weil, “Commission impossible”, en *Le nouveau modèle européen*, vol. I, Bruselas, IEE, 2000, pp. 79-87.

aquello que fue acordado de modo intergubernamental y consensual. Es comprensible que los pequeños países sean reticentes a hacer concesiones relativas a la ponderación de votos y a la transferencia de competencias estatales, dado el desequilibrio económico entre, por un lado, Argentina y Brasil y, por otro, Paraguay y Uruguay.²⁰²

Brasil pudo, finalmente, imponer su visión de integración económica gracias al poder de veto, formal y real del cual dispone. Visto desde Brasilia, el Mercosur es una creación *sui generis* que por sobre todo no debe *copiar* el *modelo europeo* de integración.

B. LA VISIÓN BRASILEIRA DEL MERCOSUR

La posición sostenida por Brasil en Ouro Preto puede ser resumida con la siguiente fórmula: “la forma sigue a la función, y no al revés”.²⁰³ Este *funcionalismo* no tiene ninguna relación con el de los *padres fundadores* de las Comunidades Europeas.²⁰⁴ Por el contrario, supone que el grado de compromiso de los Estados a través de las instituciones comunes debe ser la expresión fiel del estadio actual de la integración. De este modo, no se pueden crear instituciones con la esperanza de que sean capaces de generar las condiciones favorables al progreso de la integración; es el avance concreto y real de la integración lo que debe engendrar instituciones más sólidas.²⁰⁵

²⁰² Véase el informe de Lincoln Bizzozero y Sergio Abreu, *Los países pequeños: su rol en los procesos de integración*, Documento de divulgación n.º 8, Buenos Aires, INTAL, julio de 2000.

²⁰³ Expresión del embajador brasileño Rubens Barbosa, “O Mercosul e suas instituições”, en *BILA*, n.º 14, julio-setiembre de 1994, p. 1.

²⁰⁴ Luego de la Segunda Guerra Mundial, “en el campo de los partidarios de la integración europea, dos tendencias se enfrentaban: los *institucionalistas*, que preconizaban comenzar por la cima, elaborando una constitución federal, instituyendo un parlamento y un gobierno europeos, y los *funcionalistas*, para quienes era preciso comenzar por la base, desarrollando la cooperación en ciertos sectores limitados, y creando de este modo una solidaridad de hecho que podría enseguida ser extendida” (Marianne Dony, *Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, Bruselas, ULB, 2001, p. 8).

²⁰⁵ Paradójicamente, durante el año de la CIG (1994), importantes figuras de la diplomacia brasileña se mostraron críticas en relación con el marco institucional del período de transición. Se puede citar el ejemplo del embajador Marcos de Azambuja, que afirmó: “venimos trabajando, hasta ahora, apenas a través de los canales habituales, sin dotarnos de aquellas agencias, órganos o consejos capaces de gerenciar este vasto e intrincado proceso de la perspectiva, no de cada uno de los socios, sino a la luz del interés de la sociedad de los dos”, “O relacionamento Brasil-Argentina: de rivais a sócios”, en *Temas de Política Externa*, vol. II, San Pablo, Paz e Terra, 1994, pp. 65-71 (70).

Este *neofuncionalismo tropical* expresa la oposición brasilera, a veces feroz, a las críticas y propuestas fundadas en la experiencia europea.²⁰⁶ He aquí una expresión de esta actitud, desprovista de cualquier ambigüedad: “Los países miembros [del Mercosur] no tienen por meta la construcción de una bella catedral gótica comunitaria por el simple mérito estético de una idea integracionista. Tampoco desean intentar una simple repetición mimética de modelos aparentemente bien realizados en otras experiencias del mismo género, como si la historia debiese perpetuarse por ‘ósmosis’ intercontinental”. Y aún: “Los métodos deben adaptarse a los fines deseados y no buscar ajustar la realidad en el molde conceptual de organizaciones ideales preconcebidas, aunque para ello los ‘mercócratas’ deban, por mucho tiempo todavía, contentarse con trabajar entre paredes de barro intergubernamentales en vez de instalarse en un palacio de vidrio supranacional”.²⁰⁷

Tal razonamiento sirve en la práctica, para justificar la búsqueda del provecho máximo a partir del compromiso mínimo. De hecho, Brasil nunca escondió el pluralismo de su política exterior, más precisamente de su política comercial muy diversificada, de la cual el Mercosur es apenas una ramificación.²⁰⁸ Si la importancia del bloque en el plano retórico es verdaderamente notable,²⁰⁹ Brasil demuestra, sin embargo, un pequeño compromiso para con él, sobre todo en el plano económico,²¹⁰

²⁰⁶ El propósito brasilero en aquella época era bastante rígido: “la mera mención de la inejecutabilidad de los plazos del cronograma de Las Leñas provocaba en los negociadores brasileros la más desleal reacción: la de identificar el interlocutor como un combatiente contra el Mercosur o, peor aún, un defensor del proteccionismo a los mercados locales” (Ricardo Seitenfus, *Para uma nova política externa brasileira*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, p. 106).

²⁰⁷ Conforme Paulo Roberto de Almeida, diplomático e intelectual que influyó en la posición brasilera en la época de la CIG, *Le Mercosud. Un marché commun pour l’Amérique du Sud*, Paris, L’Harmattan, 2000, p. 79.

²⁰⁸ Véase, entre otros, Luiz Felipe Lampreia, *Diplomacia brasileira. Palavras, contextos e razões*, Río de Janeiro, Lacerda, 1999.

²⁰⁹ Como ya se tuvo ocasión de señalar, el Mercosur es un elemento crucial de la política exterior de sus socios desde 1991. En este sentido, la posición brasilera consiste, en teoría, en decir que “la elección de crear el Mercosur es probablemente la decisión política más importante en cerca de 180 años de independencia. Es una elección verdaderamente estratégica, ya que envuelve la política y la economía nacionales, así como la propia sociedad, en un raro consenso sobre la reducción de la soberanía del Estado” (Paulo Roberto de Almeida, *Le Mercosud...*, o. cit., p. 79).

²¹⁰ Entre otros episodios como mínimo incómodos, Brasil tuvo que pedir disculpas a los socios del Mercosur, especialmente a la Argentina, cuando el gobierno olvidó proceder a la exclusión de esos socios del campo de aplicación de un acto normativo (medida provisoria n.º 1.569/1997) que imponía cotas de importación en el sector automovilístico; véase Deisy Ventura, “O pífio gesto do governo”, en *Zero Hora*, Caderno de Economía, 13 de abril de 1997, p. 2.

ya que el Mercosur no debe representar un obstáculo a las vocaciones del *global trader* brasileño.²¹¹

La delegación brasileña estaba determinada desde el comienzo de las negociaciones a mantener el mayor margen de discrecionalidad posible, para que los gobiernos nacionales pudiesen adaptarse a las circunstancias de las coyunturas económicas nacionales e internacionales recurriendo a las herramientas tradicionales de la diplomacia para hacer avanzar (o no) una integración visiblemente *à la carte*.²¹²

Además, el debate fue marcado por la referencia al *Pacto Andino*, presentado como una copia del modelo europeo.²¹³ El fracaso de la integración andina se debería, por lo tanto, a la rigidez del modelo adoptado y el éxito del Mercosur sólo se alcanzaría gracias a la flexibilidad y la maleabilidad institucional.

II. La estructura “definitiva” del Mercosur

El POP, firmado el 17 de diciembre de 1994, refleja la preponderancia de la posición brasileña, garantizando el mantenimiento de la estructura maleable del período de transición. Trae apenas algunas innovaciones. A las instituciones con poder de decisión creadas por el TAs, agrega la *Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)*, cuyo principal objetivo es promover una política comercial común. En

²¹¹ René-Jean Dupuy, al tratar sobre las relaciones de los Estados Unidos con el resto de las Américas, subraya que “la creación de un grupo de Estados se enfrenta, aun resueltos los problemas institucionales, con dificultades considerables cuando uno de los países miembros tiene un poder económico capaz de impedir a cualquier otro compararse con él. Instituciones supraestatales deberían poder, como sea, garantizar la igualdad entre las colectividades que son miembros de esa unidad. Pero el surgimiento de un auténtico súper-Estado supondría, de parte del Estado económicamente más fuerte, un haraquiri que nada permite prever” (*Le nouveau panaméricanisme*, París, Pedone, 1956, p. 246).

²¹² Véase Deisy Ventura, “O Mercosul à la carte”, *Informativo Consulex*, n.º 34, Brasilia, 21 de agosto de 1995, p. 982.

²¹³ Para una comparación entre los Acuerdos de Cartagena y el Tratado de Roma, véase Gonzalo Ortiz de Zevallos, “Les Accords de Cartagena”, en *Du droit international au droit de l'intégration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 843-869. Sobre el Pacto Andino, actual Grupo Andino, véanse Michel Carraud, *L'intégration des pays andins*, París, Economica, 1991; Allan Brewer-Carias, “Le droit communautaire: une expérience pour le processus d'intégration andine”, en *L'Union européenne dans un monde en transformation*, Bruselas, Comisión europea-ECSA, 1996, pp. 559-580; Héctor Maldonado Lira, *Treinta años de Integración andina: balance y perspectivas*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999; Comunidad Andina, *Integración y supranacionalidad. Soberanía y derecho comunitario en los países andinos*, Lima, julio de 2001.

realidad, la CCM fue creada el 4 de agosto de 1994 por el Consejo Mercado Común, de modo que el POP no hizo más que reconocer su existencia.²¹⁴

Sin embargo, el POP instituye el *Foro Consultivo Económico y Social*, órgano de representación de los sectores económicos y sociales, que tiene por misión formular recomendaciones al GMC.

Además, el POP otorga personalidad jurídica al Mercosur, como ya fue mencionado, y trae precisiones sobre las características del conjunto del sistema institucional, del cual forman parte los órganos dotados de poder decisorio (A) y los órganos simplemente consultivos (B).

A. LOS ÓRGANOS DELIBERATIVOS

Los órganos con poder de decisión son el Consejo Mercado Común (1), el Grupo Mercado Común (2) y la Comisión de Comercio del Mercosur (3).

1. *El Consejo Mercado Común*

Según la forma como fue designado por el TAs, el CMC, con “capacidad decisoria” (artículo 2), continúa siendo “el órgano superior del Mercosur”. Conduce la política general del proceso de integración, tomando decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos definidos por el TAs y el establecimiento progresivo de un mercado común (artículo 3). La mención referida a “asegurar el cumplimiento de plazos establecidos para la constitución definitiva del Mercado Común”, que figura en el artículo 10 del TAs, no es retomada por el POP.

En virtud del artículo 8 el CMC posee varias atribuciones. Debe velar por la aplicación de las disposiciones del TAs, así como la de los demás acuerdos firmados en virtud de éste, definir políticas y adoptar acciones necesarias para el establecimiento del mercado común. Como titular de la personalidad jurídica del Mercosur, es el encargado de negociar y concluir acuerdos con los terceros Estados, grupos de países y organizaciones internacionales, tarea ésta que puede delegar en el GMC. Le corresponde pronunciarse sobre las propuestas del GMC, crear reuniones de ministros

²¹⁴ Dec. CMC 9/94, en *BILA*, n.º 14, julio-setiembre de 1994, p. 88.

y pronunciarse sobre los acuerdos que de ellas resulten, además de crear, modificar o suprimir órganos de la estructura del Mercosur. Compete también al Consejo interpretar el contenido y definir el campo de aplicación de sus decisiones. Finalmente, el CMC nombra al director de la SAM, adopta decisiones en materia financiera y presupuestaria y homologa el reglamento interno del GMC (artículo 8).

Al reunir a los ministros de Relaciones Exteriores y los ministros de Economía de los Estados miembros (artículo 4), el CMC mantiene la composición originalmente prevista por el TAs. Sin embargo, los jefes de Estado deben participar de sus reuniones por lo menos una vez por semestre (artículo 6), a diferencia del artículo 11 del TAs, que preveía la participación de los presidentes apenas una vez por año. La invitación a otros ministros o autoridades del mismo nivel se mantiene admisible (artículo 7). El consenso con la presencia de todos los Estados miembros (artículo 37) se mantiene obligatorio para la toma de decisiones (artículo 9). Por otro lado, el POP avanza al tornar más precisa la terminología de los actos de las instituciones del Mercosur, lo que no hizo el TAs.

La Presidencia del Consejo, extendida en la práctica a la totalidad de los órganos del Mercosur, es ejercida alternadamente por cada Estado miembro en períodos de seis meses, siguiendo el orden alfabético de los nombres de los países (artículo 5). Los Ministerios de Relaciones Exteriores continúan encargados de coordinar las reuniones (artículo 7).²¹⁵

2. *El Grupo Mercado Común*

El GMC también tiene poder decisorio (artículo 2) y, en el mismo sentido del TAs, se mantiene como el órgano ejecutivo del Mercosur (artículo 10).

El POP confiere al Grupo numerosas atribuciones. Debe velar por la aplicación de las disposiciones del TAs y de los demás acuerdos concluidos en virtud de éste. Propone proyectos de decisión al CMC, toma las medidas necesarias para la ejecución de las decisiones tomadas por el CMC y formula los programas de trabajo para el establecimiento del mercado común. Puede, asimismo, crear, modificar o

²¹⁵ El funcionamiento del CMC obedece al *reglamento interno* del órgano, aprobado por la decisión CMC n.º 2/98.

suprimir órganos, como los subgrupos de trabajo y las reuniones especializadas. El Grupo debe manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueran sometidas por otros órganos. Puede conducir negociaciones, por delegación del Consejo, de acuerdos con terceros Estados, grupos de países y organizaciones internacionales; aprueba el presupuesto y las cuentas anuales de la SAM y adopta resoluciones en materia financiera y presupuestaria, conforme a la orientación del CMC. El GMC somete al CMC su reglamento interno, organiza las reuniones del CMC y elabora informes y estudios que le son solicitados; elige el director y supervisa la actividad de la SAM; aprueba los reglamentos internos de la CCM y del Foro Consultivo Económico y Social (artículo 14).

El GMC mantiene la composición prevista por el TAs. De este modo, cada Estado miembro indica cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos, entre los cuales deben estar obligatoriamente representados el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Economía o equivalente y el Banco Central (artículo 11). Se admite la convocatoria a representantes de otros órganos de la Administración Pública o de otra institución del Mercosur (artículo 12), pero la posibilidad de convocatoria de un representante del sector privado, prevista por el artículo 14 del TAs, dejó de existir.²¹⁶ El consenso con la presencia de todos los Estados miembros (artículo 37) continúa siendo obligatorio para la adopción de resoluciones (artículo 15). Los Ministerios de Relaciones Exteriores continúan encargados de la coordinación de las reuniones (artículo 11).

3. *La Comisión de Comercio del Mercosur*

Creada algunos meses antes de la CIG de Ouro Preto por una decisión del Consejo,²¹⁷ la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) también tiene de poder de decisión (artículo 2 del POP). Según el artículo 1 de la decisión que la creó, el Consejo decidió “crear la Comisión de Comercio del Mercosur, como órgano de carácter intergubernamental encargado de asistir al órgano ejecutivo del Mercosur

²¹⁶ El funcionamiento del órgano se rige por la resolución GMC n.º 4/91, reglamento interno del GMC.

²¹⁷ Por la ya citada decisión CMC 9/94.

[GMC], de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Parte para el funcionamiento de la Unión Aduanera, y de efectuar el seguimiento y revisión de los temas y materias relacionadas con las políticas comerciales comunes, el comercio intra-Mercosur y con terceros países”. Las reuniones de la Comisión serían coordinadas por los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros (artículo 3 Dec. 09/94). La CCM debería comenzar sus actividades el 1.º de octubre de 1994 y reunirse al menos una vez por mes (artículo 4 Dec. 09/94).

El artículo 3 de la misma decisión aprueba un anexo intitolado “CMC: Estructura y Funcionamiento”, una especie de reglamento interno de la Comisión. El POP, en la mayoría de sus disposiciones, reproduce el contenido de esta decisión. Según el Protocolo, la CCM es guardiana de la política comercial común, principalmente para la implementación de la unión aduanera, y debe efectuar un seguimiento y revisar la política comercial tanto en el plano intra-Mercosur como en el plano externo (artículo 16).

Por esta razón, incumbe a la CCM velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial intrabloque y en relación con terceros Estados y organizaciones internacionales, y también por la aplicación de los acuerdos de libre comercio en vigor. La Comisión formula pareceres, a pedido de los Estados miembros, en cuanto a la aplicación del *Arancel Externo Común* (AEC) y de otros instrumentos de la política comercial común, y supervisa su aplicación en los Estados miembros. Puede realizar estudios y formular propuestas al GMC sobre la evolución de los instrumentos de la política comercial común y de la unión aduanera, y puede tomar decisiones sobre la gestión y la aplicación del AEC y de los instrumentos de política comercial común. La Comisión informa al GMC sobre la evolución y aplicación de los instrumentos de política externa común, como también sobre la situación de las demandas interpuestas por los Estados miembros y las decisiones de ellas resultantes. Formula proposiciones al GMC sobre la adopción de nuevas reglas o sobre la modificación de las reglas en vigor en materia comercial y aduanera, así como sobre la revisión del AEC en ítems específicos, inclusive para casos de nuevas actividades de producción. La CCM puede crear comités técnicos y dirigir y supervisar sus actividades; también adopta su propio reglamento interno y lo somete a la homologación del GMC (artículo 19).

La gran innovación del POP en relación con la decisión que instituyó la CCM reside en el artículo 21. Esta disposición le atribuye el conocimiento “de las reclamaciones presentadas por las secciones nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur, originadas por los Estados Parte o en demandas de particulares —personas físicas o jurídicas—, relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 1 a 25 del Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran dentro de su área de competencia”. Así, el POP confiere a la CCM un papel en la solución de los litigios comerciales entre los Estados miembros.

La CCM se compone de ocho miembros por país, cuatro titulares y cuatro alternos, nombrados por sus respectivos gobiernos (artículo 17). El consenso con la presencia de todos los Estados miembros (artículo 37) es obligatorio para la adopción de directivas (artículo 20). Los Ministerios de Relaciones Exteriores son los encargados de coordinar las reuniones de la Comisión (artículo 17).

Cabe resaltar la diferencia entre la Comisión de Comercio del Mercosur, tal como fue consagrada por el texto de Ouro Preto, y la Comisión Europea. Estas instituciones poseen en común apenas el nombre. La CCM no tiene ni poder de ejecución de medidas administrativas ni poder de sanción en relación con los Estados parte. Tratándose de un órgano de naturaleza típicamente intergubernamental, la CCM toma sus decisiones por consenso con la presencia de todos los Estados miembros. Está compuesta por funcionarios de los gobiernos nacionales, en la proporción de un miembro por país.

Excepto la SM, todas las instituciones, con poder decisorio o no, se organizan a partir de secciones nacionales. O sea, un grupo de funcionarios del gobierno reunidos bajo la forma de una delegación nacional, cuya composición es variable, debe representar al Estado en el seno de cada institución del Mercosur. Estos funcionarios deben preparar los *dossiers* antes de las negociaciones, acompañar las negociaciones y tomar las medidas conducentes a la aplicación en su territorio de las decisiones tomadas en el ámbito comunitario.

El Estado que ejerce la presidencia del Mercosur garantiza también la presidencia de todas las instituciones del Mercosur, y corresponde a la Sección Nacional de cada institución convocar a las reuniones de los órganos, fijar el orden del día y presidir sus sesiones. Estas actividades son, evidentemente, coordinadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado que ejerce la presidencia.

Claro está que el desempeño de las instituciones depende directamente del perfil del gobierno del Estado que se encuentra en el ejercicio la presidencia, hecho que no escapó a las duras críticas de juristas que consideran el sistema ineficaz y costoso, por lo que proponen la creación de una secretaría permanente para cada órgano.²¹⁸ Sin embargo, la adopción de esta propuesta reduciría el inmenso margen de maniobra que poseen las carteras de Relaciones Exteriores.

A su vez, los órganos consultivos del Mercosur, incluso trayendo al proceso una legitimidad de otra naturaleza que la gubernamental, son constituidos de tal forma que ejercen una influencia mínima sobre los órganos deliberativos, los cuales pueden disponer de esas contribuciones *à la carte*.

B. LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS O ADMINISTRATIVOS

Los órganos del Mercosur desprovistos de poder deliberativo, según el POP, son la Comisión Parlamentaria Conjunta (1), el Foro Consultivo Económico y Social (2) y la Secretaría Administrativa del Mercosur (3). El 6 de octubre de 2003 se creó la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur, modificando la estructura institucional prevista en Ouro Preto (4). Entre los numerosos foros dependientes de las instituciones deliberativas, se destacan las reuniones de ministros y las reuniones especializadas (5).

1. *La Comisión Parlamentaria Conjunta*

La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) es el órgano de representación de los Parlamentos de los Estados miembros (artículo 22).²¹⁹ Mientras en el TAs

²¹⁸ Jorge Pérez Otermin, o. cit., p. 91. También critica la concentración de todas las informaciones en manos de la SAM, que no acompaña continuamente la actividad de los órganos. Véanse también Paulo Casella, *Mercosul: exigências e perspectivas*, San Pablo, LTr, 1996; Deisy Ventura, "Avaliação da estrutura institucional do Mercosul", en *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pp. 101-104.

²¹⁹ El primer reglamento interno de la CPC fue aprobado el 6 de diciembre de 1991, en Montevideo; véase *BILA*, n.º 6, julio-setiembre de 1992, pp. 168-171. Luego fue sustituido por un nuevo reglamento interno, que se aprobó el 13 de diciembre de 1997, también en Montevideo; véase res. CPC n.º 2/1997. Para la historia del funcionamiento de la CPC véase Maria Cláudia Drummond, "A CPC: origem e história", en *Informativo Mercosul*, n.º 4, disponible en <www.camara.gov.br/mercosul>.

debería simplemente servir para “facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común”, el POP le atribuye nuevas tareas, aunque de modo impreciso.

En primer lugar, la CPC debe acelerar los procesos internos de los Estados miembros, destinados a la “entrada inmediata en vigor de las reglas derivadas de las instituciones del Mercosur” (artículo 25). Efectivamente, los procesos de incorporación de normas de fuente internacional son complejos en los ordenamientos jurídicos de todos los socios, por lo que serán tratados en un capítulo específico. Por ahora, cabe destacar que la aprobación por el Parlamento es requerida en los cuatro sistemas constitucionales. Sin embargo, todos ellos establecen un largo proceso de incorporación, en el cual intervienen varios actores y donde los Poderes Ejecutivos son los que ejercen el papel preponderante. La participación del Parlamento constituye sólo una etapa en el rito de incorporación.

El 6 octubre de 2003 se firmó un acuerdo interinstitucional entre el Consejo Mercado Común y la CPC, todavía no reglamentado y luego no implementado, por el cual se prevé un mecanismo de consulta del primero a la segunda, durante el proceso legislativo del Mercosur.²²⁰

En segundo lugar, la CPC “coadyuvará en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración” (artículo 25). Salvo mejor interpretación, las materias en las cuales se presenta la cuestión de la armonización de las normas internas no corresponden a los dominios esenciales del mercado común, para los cuales son imprescindibles las normas de origen comunitario. ¿Cómo el papel de los Poderes Legislativos puede ser secundario en la armonización de las legislaciones, si en principio a ellos compete la elaboración de las leyes internas?

Las instituciones del Mercosur —contrariamente a las instituciones europeas, que pueden adoptar directivas como instrumentos de armonización de las normas nacionales— no disponen de ninguna competencia o instrumento que permita

²²⁰ Este acuerdo es conocido como la *enmienda Alonso*, debido a la influencia del catedrático de Derecho Comunitario de la Universidad Complutense de Madrid, profesor Ricardo Alonso García, en la elaboración de su texto: “El Consejo del Mercado Común y la Comisión Parlamentaria Conjunta acuerdan: sentar las bases para un fructífero diálogo en virtud del cual, 1) el Consejo del Mercado Común asume el firme compromiso de consultar a la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur en aquellas materias que requieran aprobación legislativa para su incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados parte; 2) la Comisión Parlamentaria Conjunta asume el firme compromiso de impulsar a través de sus Secciones Nacionales una responsable labor de internalización de la normativa Mercosur, particularmente de aquella cuya adopción por el Consejo del Mercado Común sea el resultado de un consenso con la propia Comisión Parlamentaria Conjunta”.

hacerlo. O bien el papel de los legisladores es primordial en la armonización, o bien se confiere a instituciones comunitarias la atribución de editar *normas-parámetro*, a fin de armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales.

Los miembros de la CPC son nombrados por los Parlamentos nacionales, de acuerdo con sus respectivos procedimientos de designación de representantes (artículo 24), respetada la proporción de un representante por Estado miembro (artículo 23).

Para adoptar las *recomendaciones* que hace al Consejo, la CPC delibera por consenso, con la presencia de todos los Estados miembros (artículo 26).²²¹ Además, la CPC adopta *disposiciones* concernientes a materias relativas a su funcionamiento interno y *declaraciones* sobre las cuestiones políticas de la integración.

Es de esperarse que la función parlamentaria en el Mercosur se desarrolle en los próximos años. Desde los orígenes de la CPC, los parlamentarios plantearon la creación de un Parlamento para el Mercosur.²²² El plan de trabajo del Mercosur para 2004-2006 previó la creación del Parlamento del Mercosur.²²³ El 16 de diciembre de 2004, la decisión del Consejo n.º 49/04 volvió a tratar el tema, y otorgó a la CPC la atribución de elaborar un proyecto de creación de la nueva institución.²²⁴

²²¹ La facultad de enviar recomendaciones al Consejo fue objeto de una controversia dentro del Parlamento brasileiro, en la época de la ratificación del Protocolo de Ouro Preto. Según el texto del art. 26 del POP, la Comisión Parlamentaria Conjunta “presenta recomendaciones al Consejo por intermedio del Grupo”. Un grupo de parlamentarios recurrió a la Comisión de Constitución y Justicia del Senado federal, argumentando que el POP conferiría al Grupo un juicio sobre la admisibilidad de las recomendaciones de la CPC, lo que constituiría una violación del principio constitucional de independencia entre los poderes de la República, ya que el Grupo está conformado por miembros del Poder Ejecutivo. La Comisión del Senado respondió que el art. 26 no atribuía al Grupo tal poder de apreciación, en la medida en que el envío de la recomendación al Grupo se destina simplemente a permitir la inclusión del asunto en el orden del día de la reunión siguiente del Consejo, y de preparar el *dossier*. El POP puede, por lo tanto, ser aprobado sin reservas. Sobre este episodio, véase Maria Claudia Drummond, “As competências da CPC e seus vínculos com outros órgãos e instâncias do Mercosul: alternativas para seu fortalecimento”, en *Informativo Mercosul*, n.º 9, mayo-junio de 1998, pp. 10-16. En Brasil, la sección nacional de la CPC es regida por la resolución n.º 1/1996 del Congreso Nacional, disponible en www.camara.gov.br/mercosul.

²²² Véase la recopilación de todos los documentos de las instituciones del Mercosur sobre el tema, publicada junto a un excelente comentario de Adriana Dreyzin de Klor, en CPC, *Hacia el Parlamento del Mercosur*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004.

²²³ Dec. CMC 26/03.

²²⁴ A través de esta norma, el Consejo decide: “Art. 1. Dar continuidade à criação do Parlamento do Mercosul, como órgão representativo dos povos dos Estados parte do Mercosul. O Parlamento do Mercosul reger-se-á pela normativa vigente do Mercosul e as disposições de seu Protocolo Constitutivo e integrará a estrutura institucional do Mercosul. Art. 2. Investir a Comissão Parlamentar Conjunta na qualidade de comissão

La creación del Parlamento aportaría muchos beneficios para el proceso de integración, aunque el desencanto de las poblaciones con la política, de manera general, y con el Poder Legislativo, en particular, arroje sobre esta iniciativa una polémica innecesaria. No queda duda de que un nuevo Parlamento tiene un costo financiero. Sin embargo, el control parlamentario y el involucramiento de la clase política en el proceso de integración pueden servir como un valioso instrumento de control de los gastos, no solamente financieros sino también simbólicos y políticos, que ya hace el Mercosur desde hace más de catorce años. Además, el Parlamento puede ser un importante instrumento para el desarrollo de los temas no comerciales de la integración, en particular en lo que se refiere a la ciudadanía y a los derechos humanos.

2. *El Foro Consultivo Económico y Social*

El FCES es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales (artículo 28), al que fue atribuida la función consultiva (artículo 29). En su composición debe respetar la proporción de un representante por Estado miembro (artículo 28). Las recomendaciones que hace al GMC son decididas por consenso, con presencia de todos los Estados miembros (artículo 29). Parece razonable suponer que su creación determinó el hecho de que el GMC haya perdido la facultad de invitar representantes del sector privado para sus reuniones. Sin embargo, se trata de una pérdida de influencia para el sector privado, ya que el FCES no dispone de poder decisorio y que la participación de sus representantes en los foros de negociación es escasa.

preparatória, para realizar todas as ações que sejam necessárias para a instalação do Parlamento do Mercosul. Esta instalação deverá efetivar-se antes de 31 de dezembro de 2006. A Comissão Parlamentar Conjunta elaborará um relatório de atividades, bem como o respectivo projeto de Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul para consideração do Conselho do Mercado Comum. Art. 3. A Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul continuará desempenhando suas funções atuais até que se efetive a instalação do Parlamento do Mercosul. Art. 4. As Seções Nacionais da Comissão Parlamentar Conjunta manterão seus respectivos Congressos informados da evolução das deliberações da Comissão à luz do artigo 2 da presente Decisão”.

3. *La Secretaría del Mercosur*

El POP, finalmente, hizo referencia a la Secretaría Administrativa Mercosur otorgándole un papel más importante del que poseía en el ámbito del TAs, a pesar de que su naturaleza se mantenga sin alteración. Todavía desprovista de poder de decisión, la SAM es el órgano permanente encargado de la documentación del bloque, y ofrece soporte burocrático para el conjunto de las instituciones (artículo 31).

Según lo establece el POP, también es su función guardar los archivos oficiales del Mercosur, publicar y divulgar las decisiones adoptadas, realizar en conjunto con los Estados miembros la traducción auténtica en lengua española y portuguesa de todos los documentos concernientes a las instituciones del Mercosur y editar el Boletín Oficial del Mercosur.²²⁵ Ella se encarga de organizar las reuniones del CMC, del GMC y de la CCM y, en lo posible, las de las otras instituciones cuando se realicen en Montevideo, lugar de su sede (artículo 31). Cuando las reuniones ocurran fuera del lugar de su sede permanente, deberá prestar auxilio al Estado encargado de la reunión (artículo 32, I, II y III).

La Secretaría debe informar regularmente a los Estados miembros de las medidas adoptadas en cada país, para la incorporación de las reglas de derecho derivado en los ordenamientos jurídicos nacionales. Debe registrar las listas nacionales de los árbitros y expertos vinculados al Protocolo de Brasilia para solución de controversias. También debe asumir otros encargos que le sean solicitados por el CMC, el GMC o la CCM. La SAM elabora su proyecto de presupuesto y lo ejecuta, una vez aprobado por el GMC, presentándole anualmente la rendición de cuentas y los informes de sus actividades (artículo 32, IV a VIII). La resolución del GMC n.º 06/04 establece la normativa general aplicable a los funcionarios de la Secretaría.²²⁶

²²⁵ Se trata del *Boletim Oficial do Mercosul - Boletín Oficial del Mercosur*, cuyo primer ejemplar fue publicado en 1997, véase <www.mercosur.org.uy>. Hasta el surgimiento de este boletín, la única publicación oficial que difundía las normas y las actas relativas al Mercosur era el *Boletim de Integração Latino-Americana, BILA*, editado por el Ministerio de Relaciones Exteriores brasileiro, disponible en <www.mre.gov.br/siteunir/publicacao/>.

²²⁶ Deroga la resolución del GMC n.º 42/97.

A partir de la decisión 30/02 del CMC,²²⁷ la Secretaría Administrativa del Mercosur pasó a denominarse *Secretaría del Mercosur*, transformándose en una secretaría técnica,²²⁸ con un Sector de Asesoría Técnica integrado por cuatro consultores especializados en las áreas de derecho y economía.²²⁹

Según el anexo I de la decisión CMC n.º 30/02, el SAT tiene como funciones el apoyo técnico a los órganos del Mercosur, tanto en el ámbito intrabloque como en el marco de las relaciones externas del Mercosur. Para dicha tarea, el SAT puede elaborar documentos de trabajo y acompañar reuniones compilando informaciones y propuestas, así como realizar relevamientos de antecedentes del tratamiento del tema en el ámbito del Mercosur y en otros foros internacionales.

El SAT también tiene como función el diagnóstico del proceso de integración. Para ello realiza informes semestrales sobre la evolución de éste, analizando variables relevantes que afectan al proceso de integración y el acompañamiento de los compromisos asumidos en el ámbito o por el Mercosur. También, desde una perspectiva común, estos informes deberán identificar eventuales carencias, lagunas normativas y dificultades puntuales del proceso de integración, o temas de interés común, a fin de proponer, según una perspectiva regional, cursos acción a los órganos decisorios del Mercosur.

²²⁷ Mercosur/CMC/DEC n.º 30/02. En su segundo párrafo, el considerando establece que “la conformación de un órgano con amplia capacidad operacional, apto para generar un efectivo espacio de reflexión sobre el proceso de integración, se dará de forma gradual, a la luz de la evolución de este proceso y de los recursos humanos y materiales disponibles, mediante la progresiva transformación de la Secretaría Administrativa del Mercosur en una Secretaría Técnica” (*Boletín Oficial del Mercosur*, n.º 23, octubre-diciembre de 2002, p. 114).

²²⁸ La resolución GMC n.º 01/03 establece la nueva estructura organizativa de la Secretaría del Mercosur.

²²⁹ El anexo II de la decisión CMC n.º 30/02 establece las “Normas para Selección y Contratación de los consultores técnicos”. En su art. 1.º determina que “los cargos de consultores técnicos serán cubiertos por un nacional de cada Estado parte, nombrado exclusivamente en función de su competencia y capacitación técnica en una de las siguientes especialidades: i) derecho internacional (2 consultores) y ii) economía internacional (2 consultores). Según el art. 2, “los candidatos, que deberán tener formación académica de nivel superior en las áreas de derecho, economía o relaciones internacionales, serán seleccionados mediante la realización de concurso de antecedentes y pruebas, específico para cada especialidad, organizado por una comisión de selección que definirá la forma de su realización. La comisión será integrada por un representante designado por cada Estado parte y por el director”. El art. 4 prevé la designación de los seleccionados por parte del Consejo Mercado Común por un plazo de 3 años, renovables por períodos idénticos, por consenso de los Estados parte, previa consulta al director de la SM. Por la decisión CMC n.º 13/03, se designaron los siguientes consultores técnicos: en el área de derecho, a los Dres. Alejandro Perotti (Argentina) y Deisy de Freitas Lima Ventura (Brasil) y, en el área de economía, al Lic. Oskar Stark Robledo (Paraguay) y al Dr. Marcel Vaillant Alcalde (Uruguay) (*Boletín Oficial del Mercosur*, n.º 25, abril-junio de 2003, p. 19).

También lleva a cabo estudios puntuales sobre temas de interés del Mercosur, e incluso sobre otros procesos de integración cuyo programa, previa consulta al director de la Secretaría del Mercosur, será aprobado anualmente por el CMC, el cual a su vez podrá en cualquier momento proponer la inclusión de nuevos estudios. Su implementación estará condicionada a la disponibilidad de medios humanos y materiales.

Por último, el SAT tiene a cargo el análisis previo a las reuniones de los órganos decisorios del Mercosur, de los proyectos de normas elaborados por los diferentes órganos técnicos, con el propósito de analizar la adecuación a la normativa del Mercosur e identificar eventuales incompatibilidades con normas ya aprobadas o con las negociaciones en curso.

Sería prematuro evaluar la repercusión que la creación del SAT producirá sobre la estructura institucional del Mercosur. Del texto de la decisión CMC n.º 30/02 se extrae sin dificultades que él sería el alma de la nueva Secretaría, identificando y diseminando una perspectiva común de la integración regional, a fin de afirmar paulatinamente y por persuasión una noción de voluntad colectiva inédita en el bloque. La rama jurídica del SAT tiene vocación, del mismo modo, de aminorar la inquietante precariedad técnica de las normas del bloque.

Sin embargo, a medida que avanza el trabajo de la nueva Secretaría, avanzan igualmente las fuertes resistencias de las burocracias nacionales a la creación de un nuevo actor. Por un lado, la voluntad colectiva no es la suma de las voluntades nacionales —que no raras veces acaba en inercia por la simple neutralización de los opuestos—, sino que constituye un quinto elemento con el cual los Estados parte no están habituados a lidiar. Por otro lado, un órgano técnico confiable no puede sufrir injerencias políticas de ningún actor del proceso. Entre abundantes razones para esto es evidente que, al ser distintos los intereses en juego, una perspectiva regional jamás podrá dejar a todos contentos en sus demandas inmediatas. Lo que está en vista es un proyecto colectivo de largo plazo.

A la corta o a la larga, sin embargo, se espera que las continuidades mentales que mantienen al Mercosur como un proceso exclusivamente político, frenado por la discrecionalidad absoluta de los Estados parte, sean derrotadas por el tiempo, que traerá nuevas generaciones de decisores capaces de discernir la clave del éxito de un proceso integracionista: *expertise* (preparación técnica de las decisiones), derecho

(garantías de cumplimiento de los compromisos entre los Estados y en favor de los individuos) y pertenencia (transparencia y legitimidad democrática de las decisiones).

4. *La Comisión de Representantes Permanentes*

A través de la decisión CMC 11/03, el Consejo creó la Comisión de Representantes Permanentes, CRPM, que está integrada por representantes permanentes de los cuatro Estados parte y un presidente.

Según el artículo 4 de la referida decisión, la CRPM tiene las siguientes atribuciones: “asistir al Consejo del Mercado Común y a la Presidencia Pro Tempore del Mercosur, en todas las actividades que le sean requeridas por cualquiera de éstos; presentar iniciativas al Consejo del Mercado Común sobre materias relativas al proceso de integración del Mercosur, las negociaciones externas y la conformación del Mercado Común; afianzar las relaciones económicas, sociales y parlamentarias en el Mercosur, estableciendo vínculos con la Comisión Parlamentaria Conjunta y el Foro Consultivo Económico y Social, así como con las Reuniones Especializadas del Mercosur”.

Es importante aclarar que, en el plan de sus atribuciones, la CRPM del Mercosur no tiene semejanza con el Comité de Representantes Permanentes de la Comunidad Europea (Coreper). Mientras que la primera, con una modestísima estructura, ejerce una iniciativa propositiva y un papel de articulación interinstitucional, el segundo constituye un ámbito negociador por el cual pasan todos los temas sometidos al Consejo de la Unión Europea y que integra, con claro protagonismo, su sistema de toma de decisiones.²³⁰

El presidente de la CRPM es designado por el CMC a propuesta de los presidentes de los Estados parte, y además de ser nacional de uno de ellos deberá ser una personalidad política destacada.²³¹ Ejerce sus funciones por un período de dos años, que podrá extenderse por un año más si el CMC así lo decide. En el ejercicio de su función, sus prerrogativas son las que se conceden a los jefes de misión de

²³⁰ Véase la referencia al Coreper en la p. 292 y s.

²³¹ Por medio de la decisión n.º 14/03, el Consejo designó presidente de la Comisión de Representantes Permanentes al Dr. Eduardo Duhalde, ex presidente de la República Argentina.

representaciones que actúan ante organismos internacionales. Además de presidir los trabajos de la CRPM, puede representar al Mercosur en las relaciones con terceros países, grupos de países y organismos internacionales, así como participar de las reuniones del CMC y de las reuniones de ministros del Mercosur.

El país cuyo nacional ejerce la Presidencia de la CRPM debe hacerse cargo los gastos de funcionamiento del órgano.²³² El funcionamiento de la CRPM se rige por la decisión n.º 03/04 del Consejo.

5. *Las reuniones de ministros y las reuniones especializadas*

En cuanto a las reuniones de ministros y las reuniones especializadas, así como en relación con la CCM, el POP apenas reconoce su existencia. De hecho, las primeras reuniones fueron creadas por la decisión 05/91 del Consejo a partir de una propuesta del Grupo.

Según el artículo 1 de ese acto normativo, el Consejo decide “promover Reuniones de Ministros o de funcionarios de jerarquías equivalentes, en las que participarán solamente los representantes de los Estados parte para el tratamiento de los asuntos vinculados al Tratado de Asunción, en sus respectivas áreas de competencia”. Conforme al artículo 2, el GMC “participará de las mismas, por lo menos con un representante [de la Sección Nacional] del país sede de la reunión”. Los artículos 3 y 4 prevén que las actas que contienen las conclusiones de las reuniones serán remitidas al GMC, y que todos los acuerdos concluidos en el ámbito de la reunión y fundados en el TAs serán sometidos al análisis y la aprobación del Consejo.

En lo que respecta a las *reuniones especializadas*, éstas fueron creadas por la decisión 09/91 del Consejo, también propuesta por el GMC. Más sucinta que la anterior, tal norma se limita a considerar la posibilidad de la creación de “Reuniones Especializadas de las que participarán los Estados Parte para el tratamiento de temas vinculados al Tratado de Asunción” (artículo 1) y la posibilidad de participación del GMC (artículo 2).

Tres años después del TAs y de las decisiones citadas, el POP mantiene pocas y genéricas disposiciones sobre la materia, y determina apenas que las reuniones de

²³² Mercosur/IV CMC EXT/DEC n.º 15/03.

ministros serán creadas por el Consejo (artículo 8 VI) y que podrán someter proyectos de acuerdos al CMC a través del GMC, como ya prevén las decisiones que datan de 1991. Las reuniones especializadas son instituidas por el GMC (artículo 14 V) y pueden presentarle propuestas o recomendaciones (artículo 14 VI). En el reglamento interno de cada reunión se pueden hallar más precisiones.

De una manera general, tales reuniones congregan autoridades ministeriales del área de competencia estatal en cuestión. La toma de decisiones se efectúa por consenso en presencia de todos los Estados miembros. La Sección Nacional del país que preside las instituciones es la encargada de organizar las reuniones. Hasta el presente, se cuentan doce reuniones de ministros y ocho reuniones especializadas.²³³

El carácter definitivo de esta estructura, esbozada en Ouro Preto, se revela bastante precario. Según el artículo 47 del propio POP, “los Estados Parte convocarán, cuando lo juzguen oportuno, a una conferencia diplomática con el objetivo de revisar la estructura institucional del Mercosur establecida por el presente Protocolo, así como las atribuciones específicas de cada uno de sus órganos”. Esta cláusula de revisión permite, por lo tanto, a los socios modificar sin límites materiales o temporales el cuadro orgánico del Mercosur.

A esta estructura institucional mínima instalada por el POP corresponde la intergubernamentalidad máxima, rasgo más característico del “reparto de las competencias” en el seno del Mercosur.

§ 2.º El reparto de poderes

La razón de ser de una organización internacional reside, indudablemente, en la función que le fue encargada por los Estados fundadores. Luego, ella es esencialmente un instrumento destinado a la realización de esa función que define en el plano jurídico su competencia y determina la extensión de sus poderes.²³⁴ Una vez creada, esta entidad tendrá existencia propia, según el acto constitutivo que define sus objetivos, los principios generales que debe observar y los medios de que dispone en su acción.

²³³ Véase el cuadro n.º 7, pp. 602 y ss.

²³⁴ Michel Virally, “Définition et classification des organisations internationales: approche juridique”, en *Le concept d'organisation internationale*, París, Unesco, 1980, pp. 50-67 (55).

Sin embargo, la organización debe enfrentar un nuevo problema que los redactores del tratado fundador no pudieron prever en el momento de su conclusión. De ahí el reconocimiento general por la doctrina y la jurisprudencia internacionales de la necesidad de que las organizaciones internacionales gocen de poderes implícitos.²³⁵

Las colectividades de Estados que buscan la integración económica ofrecen un buen ejemplo de la extensión de los ámbitos de la vida política y económica de un país que, a medida que la acción colectiva avanza, son afectados por la integración.

Nótese que la Comunidad Europea es singular en este aspecto. Aunque, conforme al primer enunciado del artículo 3 B TUE, la Comunidad deba actuar dentro de los límites de las competencias que le son conferidas y de los objetivos que le son designados por el tratado, hubo en verdad una notable transferencia de competencias de los Estados miembros a las instituciones comunitarias, lo que configuró una situación realmente excepcional en relación con las organizaciones internacionales tradicionales.

De un panorama de las competencias comunitarias es posible retener tres aspectos: en primer lugar, las posibilidades de extensión de competencias autorizada por ciertas disposiciones del tratado, tanto por la teoría de los *poderes implícitos*²³⁶ como por el *principio de subsidiaridad*;²³⁷ a continuación, la superposición de las competencias de los Estados miembros y de la Comunidad, que impide trazar una línea divisoria simple, al variar la intensidad de la intervención comunitaria de acuerdo

²³⁵ Philippe Cahier, "L'ordre juridique interne des organisations internationales", en *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, Nijhoff, 1998, pp. 377-397 (385).

²³⁶ "Se trata de competencias que no resultan ni directa ni expresamente de una o varias disposiciones del tratado, sino de una interpretación global y finalista" (Philippe Manin, *Les Communautés européennes, l'Union européenne*, o. cit., p. 90). La aplicación de esta teoría en el campo de los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad provocó fuerte debate. Entre abundantes referencias, véanse princ. Pierre Pescatore, "Opinion 1/94 on 'conclusion' of the WTO agreement: is there an escape from a programmed disaster?", en *CML*, n.º 36, 1999, pp. 387-405; y Catherine Flaesch-Mougin, "Le Traité de Maastricht et les compétences externes de la CE", en *CDE*, n.º 3-4, 1993, pp. 351-398.

²³⁷ Aún presente en otras disposiciones del TUE, el principio de la subsidiariedad se encuentra expreso principalmente en el segundo párrafo del artículo 3B, por el cual la Comunidad interviene, en las áreas que no son de su competencia exclusiva, "solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario".

con las materias o acciones deseadas; finalmente, el carácter eminentemente evolutivo de este conjunto, que torna arduo todo esfuerzo de sistematización.²³⁸

En el caso del Mercosur, nadie duda de que el bloque tiene vida propia: sus instituciones comunitarias irradian una influencia política y económica significativa, tanto en los órdenes internos como en la escena internacional.²³⁹ Sin embargo, ya es posible cuestionar si la naturaleza de esta acción corresponde, en la práctica, a los objetivos y principios del TAs, pues ella parece nítidamente no estar a la altura del mandato otorgado por el acto constitutivo a esta colectividad que es el Mercado Común del Sur.

Por otro lado, una investigación sobre la atribución de las competencias o de las funciones de las instituciones comunes no solamente esclarece las razones por las cuales el bloque permanece inacabado a través del análisis de las competencias explícitas (I), sino que también revela la opacidad de su funcionamiento, a través de la renuncia a todo poder implícito (II).

I. Las competencias explícitas

Aunque sea posible identificar fácilmente las competencias explícitas de los órganos del Mercosur en el texto del POP, el análisis de las competencias de estas instituciones no puede limitarse a la lectura de las disposiciones que enumera.²⁴⁰ También es preciso tener en cuenta el sistema de toma de decisiones y los mecanismos de ejecución de las deliberaciones de esos órganos.

Esto permite constatar que algunas expresiones —como la competencia del Consejo para “negociar y firmar acuerdos”²⁴¹ o la competencia del Grupo para

²³⁸ Jean-Claude Masclet, “La répartition des compétences dans l’Union européenne”, en *L’Etat-nation au tournant du siècle: les enseignements de l’expérience canadienne et européenne*, Universidad de Montreal, 1997, pp. 179-202. El autor agrega que “bajo la óptica de los Estados miembros, esta situación presenta ventajas incuestionables. Esta hace que ellos conserven el dominio de la acción, mejor de lo que haría un estricto reparto por materias. Ello puede ser percibido, desde el punto de vista comunitario, como un inconveniente. Pero la práctica muestra que el sistema también tiene, desde este punto de vista, efectos positivos” (ibídem).

²³⁹ “Desde el punto de vista político, no son propiamente las competencias y atribuciones jurídicas que cuentan, y sí su efecto práctico, que es el de hacer de la organización un actor relativamente autónomo en el sistema internacional” (Georges Abi-Saab, “La notion d’organisation internationale”, en *Le concept de l’organisation internationale*, París, Unesco, 1980, pp. 9-25 [12]).

²⁴⁰ Véase el cuadro n.º 3 sobre el marco institucional definitivo del Mercosur, p. 593, tercera columna.

²⁴¹ Los acuerdos concluidos por el Mercosur son todos, en principio, acuerdos mixtos, o sea, firmados por todos los Estados parte de cada bloque, cuya entrada en vigor está subordinada a la ratificación por cada uno

“tomar las medidas necesarias para ejecutar decisiones”²⁴² y principalmente las sucesivas referencias a la “política comercial común”²⁴³— no poseen, de modo alguno, el mismo significado que les es atribuido en el derecho comunitario.

De una comparación aventurada con la Comunidad Europea, se podría deducir que la disfunción del Mercosur se debe a la ausencia de instituciones supranacionales que podrían garantizar el ejercicio de esas competencias. Nótese que el problema de las competencias en el seno del Mercosur se coloca en dos planos diferentes. *Primo*, los Estados miembros someten algunos campos de su vida política y económica a la discusión colectiva, a fin de coordinar sus posiciones con respecto a esos temas y, si se diera el caso, crear normas comunes sobre dichas materias. *Secundo*, todo lo que se refiere a la ejecución de las medidas de coordinación o aplicación de las normas comunes compete a los Estados miembros en el ámbito de sus respectivos territorios. Jamás una competencia de ejecución fue en la práctica atribuida a las instituciones comunes.

Estas constataciones permiten avanzar en el debate ya que indican al menos dos razones para dejar de lado, sin dificultades, el viejo dilema *supranacionalidad o intergubernamentalidad*, en otro tiempo considerado la clave de la evolución de las instituciones del Mercosur.

Por un lado, el derecho europeo demuestra que es posible asociar estas dos técnicas. Desde el inicio de su existencia, la intergubernamentalidad siempre estuvo presente en la historia de las Comunidades Europeas, pues los tratados no se fundaban sólo en características supranacionales. Por el contrario, la estructura orgánica europea comporta instituciones intergubernamentales y entidades supranacionales.²⁴⁴ La

de los signatarios, conforme el procedimiento dictado por los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Sobre los acuerdos mixtos, de los cuales el acuerdo interregional entre la Unión Europea y el Mercosur es un ejemplo, véase p. 391.

²⁴² El Grupo se integra con representantes de los ministerios de Relaciones Exteriores, de Economía y de los bancos centrales. Su poder consiste en ejecutar las decisiones tomadas en bloque en el interior de su Estado y en los límites de sus competencias internas. Sin embargo, los miembros del GMC no son jurídicamente responsables por sus acciones u omisiones en relación con alguna autoridad internacional, ni siquiera nacional, pues si ellos mismos no toman las medidas necesarias para la incorporación de una regla comunitaria en el orden interno, no se puede imaginar su aplicación por las jurisdicciones nacionales. Sobre el sistema de incorporación del derecho derivado del Mercosur, véanse pp. 173 y ss.

²⁴³ Véase nota 106, p. 78.

²⁴⁴ Jean-Victor Louis, “L’État de droit”, en *L’Union européenne au-delà d’Amsterdam*, Bruselas, Presses Interuniversitaires Européennes, 1998, pp. 167-190. El autor agrega: “existe, en la Unión Europea, una tendencia a la intergubernamentalidad que vuelve periódicamente. La división de las competencias según el sistema de ‘pilares’ agravó esta tendencia, pero ella también es perceptible en el pilar comunitario de la Unión [...]”.

relación entre estas dos categorías es por lo tanto complementaria, y no conflictiva.

La confusión en los términos del debate no es sin embargo fortuita. En relación con un órgano ejecutivo, la supranacionalidad podría expresarse a través de un poder reglamentario autónomo, pero limitado en la ejecución de ciertas normas, producidas en un foro intergubernamental. Con referencia a un órgano de tipo jurisdiccional, la supranacionalidad podría expresarse por la aplicación rigurosa de aquello que fue pactado, siempre de modo intergubernamental y unánime por los Estados signatarios de un tratado. Estas constataciones amenizan evidentemente, las resistencias a la técnica de la supranacionalidad, excepto para aquellos que nunca tuvieron la verdadera intención de aplicar las normas que pactaron libremente. La supranacionalidad sirve, por lo tanto, como una valiosa técnica de implementación de los principios convenidos en foros intergubernamentales.

Por otro lado, nada impediría, en tesis, que una estructura intergubernamental, no obstante el sistema decisorio por consenso y con la presencia de todos los Estados miembros, tome decisiones que implicasen pesados compromisos para los socios.²⁴⁵ Sin embargo, la conjunción de dos elementos genera, en el caso que se presenta, consecuencias nefastas. Es que la presencia obligatoria de todos los Estados miembros en cada una de las reuniones, aliada a la unanimidad necesaria, permite que un país por la simple ausencia de su delegación bloquee completamente la negociación de un asunto por ella considerado *sensible*.

Además, pueden ser destacados dos inconvenientes provocados, por un lado, por la regla de la unanimidad y, por otro, por la ausencia de control de las faltas cometidas por los Estados.

Para evitar el bloqueo o la parálisis de los expedientes más importantes, es relativamente fácil hacer concesiones que en realidad no son deseadas. Estos avances limitados *al papel* pueden deslizarse rápidamente rumbo a una integración virtual y

Cuanto más la Comunidad interviene en lo 'que importa de verdad', más los Estados miembros velan por sus prerrogativas" (p. 172).

²⁴⁵ Nótese, sin embargo, que tal sistema va en el sentido contrario a la evolución de las relaciones internacionales, pues la unanimidad *stricto sensu*, tal como existe dentro del Mercosur, persiste actualmente apenas en raras organizaciones internacionales como, por ejemplo, la Organización del Tratado del Atlántico Norte, OTAN (Ricardo Seitenfus, *Manual das organizações internacionais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, 2.ª ed., p. 38).

mediática. Como no existe control en la aplicación de las normas comunes, textos ambiguos e inaplicables pueden funcionar para el desbloqueo de ciertos *dossiers*.²⁴⁶ Al final, es menor el dilema *unanimidad versus ponderación de voto*, que el dilema *aplicar à la carte* o *aplicar integralmente los compromisos* que afectan a la Cuenca del Plata.

Por lo tanto, la flexibilidad del Mercosur no se encuentra en la simple elección de la intergubernamentalidad. Es precisamente la asociación de tres diferentes factores —la ausencia total de autonomía para ejecutar las decisiones colectivas, la unanimidad con la presencia de todos los Estados parte como sistema decisorio, y la ausencia de control de la interpretación y aplicación uniforme de los tratados— lo que genera un intergubernamentalismo excesivamente restringido. En apoyo a esta constatación, basta comparar el Mercosur no con la Unión Europea sino con las organizaciones internacionales clásicas, en las cuales se encontrarán tanto poderes autónomos como posibilidades de sanción por la violación de los tratados, lo que no existe en el Mercosur.

Resulta que las decisiones tomadas dentro de las instituciones del Mercosur pueden ser libremente aplicadas por los propios Estados en sus respectivos territorios: “no tenemos en el Mercosur ninguna devolución de poderes a un órgano internacional. Ocurrió apenas, la creación de una atribución administrativa más a los ministros, originada en el orden interno y que se ejerce concomitantemente en el orden internacional, en un proceso deliberativo que puede crear obligaciones dentro de las materias de su competencia nacional y de aquella que los tratados constitutivos le designan”.²⁴⁷

Consecuentemente, los dispositivos del POP otorgan atribuciones a los órganos comunitarios, que son entidades colectivas cuyos miembros actúan como

²⁴⁶ El testimonio de Georges Vedel sobre las negociaciones del Tratado Euratom es significativo: para superar una dificultad entre Francia y Alemania, él redactó “seis artículos que, por fuerza de dispositivos vacilantes y contradictorios, conseguían dar aparente razón a uno o a otro campo, de acuerdo con la manera de leerlos y que en realidad camuflaban el problema. El presidente del Consejo francés, Guy Mollet, y el canciller alemán Konrad Adenauer se reunieron cara a cara y me llamaron para explicar las curiosas disposiciones que había redactado. Confesé francamente mi deseo impertinente y el acuerdo fue realizado después que solemnemente juré al canciller que los seis artículos *no querían decir nada*. Pido perdón retroactivamente a la Corte de Justicia que tuvo que interpretarlos” (*40 ans des Traités de Rome, ou la capacité des Traités d’assurer les avancées de la construction européenne*, Bruselas, Bruylant, 1999, p. 51). Enseguida, el mismo autor señaló que el fracaso de esta Comunidad no fue por acaso (ibídem).

²⁴⁷ Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul, suas instituições...*, o. cit., p. 73.

depositarios de sus intereses nacionales específicos y en los límites de sus funciones en el orden interno. Una vez tomada la decisión en una materia de competencia de los órganos comunitarios, ella será puesta en práctica por estos mismos miembros, pero actuando esta vez dentro de su Estado, como depositarios del compromiso colectivo.

Representantes de la voluntad nacional en los órganos colectivos y guardianes de los compromisos colectivos en los órganos nacionales, las autoridades estatales se limitan entonces a coordinar el ejercicio de sus competencias sólo en ciertas materias y a través de las instituciones del Mercosur.

Respecto al esquema institucional europeo, es posible considerar que las reuniones del Consejo con la participación de los presidentes, así como las reuniones de todos los órganos compuestos por funcionarios, políticos y técnicos de las administraciones nacionales, constituyen el esbozo de una especie de estructura institucional comunitaria *ad hoc*.²⁴⁸ Sin embargo, la comparación no puede ir más allá.

La integración es indudablemente deseada por los signatarios; sin embargo, lo es *à la carte*. Además, nada impide que los parlamentos nacionales legislen sobre materias de competencia de los órganos de integración, ya que éstos disponen de competencias concurrentes con las de los Estados miembros e incluso en colaboración con ellos.²⁴⁹ Aun esperando que los Estados consideren los compromisos comunitarios en el ejercicio de sus competencias internas, claro está que el principio de preempción no se aplica al caso.²⁵⁰

Por otro lado, los órganos del Mercosur no se atrevieron a reivindicar las competencias consideradas como necesarias para la realización de los objetivos del tratado.

²⁴⁸ Jorge Horacio Lapova, "La dimensión jurídica de l'intégration", en *Contribuciones*, n.º 4, octubre-diciembre de 1996, pp. 149-189, esp. p. 180.

²⁴⁹ La noción de competencia concurrente "designa el caso en el cual, para una sola y misma materia, las Comunidades y los Estados miembros son competentes. Este caso debe distinguirse de aquel en que las competencias estatales y comunitarias mantienen una relación de colaboración, siendo que la Comunidad determina los objetivos y los principios, dejando a los Estados el cuidado de concretarlos en un reglamento propio" (Robert Kovar, "Compétences des Communautés européennes", en *Juris-Classeur Europe*, fasc. 420, 1990, § 40).

²⁵⁰ Según este principio, "los Estados están habilitados para ejercer las competencias concurrentes cuando y en la medida en que la Comunidad no ejerció la suya" (*ibidem*).

II. La renuncia a los poderes implícitos

Las instituciones del Mercosur podrían haber recurrido a la teoría de los poderes implícitos, a fin de dotarse de los medios necesarios para la realización de sus misiones. No sería un caso de imitación del derecho comunitario sino simplemente del uso de una facultad atribuida a las organizaciones internacionales en general.

Nótese que los Estados miembros ya se habían rehusado a otorgar competencias exclusivas a las instituciones comunes que, de esta forma, nunca gozaron de una autonomía de acción en relación con los gobiernos: ellas pueden deliberar, pero no ejecutar sus deliberaciones. De ahí resulta que la cuestión de la extensión de sus competencias hasta más allá de lo previsto por los tratados no haya sido pensada.

En efecto, el debate en torno al principio de subsidiaridad hasta el momento no presentó un gran interés jurídico en el seno del Mercosur. En el área política, su pertinencia es sin embargo innegable, pues permitiría diferenciar aquello que es atribución de la colectividad y lo que debe permanecer a cargo de los Estados en un proceso de integración. En la evolución de la Unión Europea, este principio tuvo gran importancia, tal vez, y paradójicamente, por su propia ambigüedad.²⁵¹

En el derecho comunitario, el principio de subsidiaridad presenta dos funciones esenciales: en primer lugar, inspirar la división constitucional de las competencias —en este sentido, depende más de la política que del derecho, aunque deba orientar la elaboración del derecho—;²⁵² en segundo lugar, regular el ejercicio de poderes por la Comunidad —ya que la competencia es el área en la cual una autoridad está habilitada a ejercer los poderes de que dispone—. ²⁵³ Salvo en las

²⁵¹ Sobre la etimología del término *subsidiari(e)dad*, véanse Juan Cruz Alli, “El concepto de subsidiariedad”, en *Subsidiariedad: historia y aplicación*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000, pp. 17-22, y Enrique Banus, “Pequeña aportación lexicográfica al término subsidiariedad”, *ibídem*, pp. 25-35. Sobre la evolución histórica del principio, véanse Jesús Llanos, “El concepto de subsidiariedad desde el siglo I hasta la Inglaterra del siglo XI”, *ibídem*, pp. 189-194; y Chantal Million-Delsol, *L'Etat subsidiaire*, París, PUF, 1992.

²⁵² En este sentido, “parece cierto, de hecho, que el principio es antes que nada de naturaleza política, aunque podamos reconocer en él un alcance jurídico” (Jean-Victor Louis, *L'ordre juridique communautaire*, Bruselas, OPOCE, 1993, § 61 *bis*).

²⁵³ Koen Lenaerts y Patrick van Ypersele, “Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du Traité CE”, en *CDE*, n.º 1-2, 1994, pp. 3-83.

áreas en que la Comunidad dispone de una competencia exclusiva, la competencia continúa siendo una condición necesaria pero no suficiente para el ejercicio de sus poderes: sólo puede ejercerlos si el principio de subsidiaridad lo permite.²⁵⁴

En la práctica, se trata de un principio regulador del ejercicio de las competencias y no de una atribución de competencias, ya que es el propio tratado el que determina las competencias atribuidas a la Comunidad.²⁵⁵

La subsidiaridad no es un instrumento de ampliación de las competencias del Estado, o de reasunción por parte de los Estados miembros de las competencias transferidas a la Comunidad. Ella corresponde a una tentativa de limitar la extensión de la teoría de las competencias implícitas de la Comunidad.

Así, la tan difundida utilización del principio de subsidiaridad refleja por un lado la crisis por la cual pasa actualmente la mayoría de los Estados, que torna cada vez más difícil identificar con precisión dónde se encuentran los diferentes poderes; y por otro lado, el fin del mito de la indivisibilidad de la soberanía, como resultado de la adhesión a la Unión Europea. Con la evolución del debate, el principio de subsidiaridad pasó a ser frecuentemente asociado tanto a la democracia —con la idea de un proceso decisorio lo más cercano posible al ciudadano— como a la transparencia —con el deseo de obtener, en el futuro, una nítida división de las competencias entre la Comunidad y los Estados miembros.²⁵⁶

En cuanto al Mercosur, el hecho de que todas las atribuciones de las instituciones se reduzcan a la coordinación y se realicen a través de la colaboración entre las autoridades nacionales no contribuye a la transparencia de ese proceso. Para los ciudadanos, pero también para los propios gobiernos, es difícil controlar el respeto a las deliberaciones comunes y estar informados de las medidas tomadas en cada territorio. Generalmente, es el surgimiento de un conflicto lo que revela el ejercicio inadecuado de una cierta competencia estatal referida a la integración.

La discusión sobre la subsidiaridad muestra que los Estados subsisten, a pesar de las transferencias de competencias a la Comunidad y de la existencia de

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 12-13.

²⁵⁵ Véanse C. D. Ehlermann, “Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité”, en *RMUE*, n.º 4, 1992, pp. 215-220; y Vlad Constantinesco, “Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité?”, *ibidem*, pp. 227-230.

²⁵⁶ Jean-Louis Clergerie, *Le principe de subsidiarité*, París, Ellipses, 1997, p. 127. En el mismo sentido, véanse Enzo Mattina, “Subsidiarité, démocratie et transparence”, en *RMUE*, n.º 4, 1992, pp. 203-213; Stephan Eisel, “Les deux faces de la médaille européenne: subsidiarité et démocratie”, en *L'Année européenne*, 1997, pp. 90-92.

competencias comunitarias exclusivas. Ella también indica que una tensión permanente entre los poderes, a escala nacional y en el ámbito comunitario, contribuye a una mayor transparencia en la aplicación de las medidas relativas a la integración, gracias al riguroso control recíproco. Por último, es evidente que el ejercicio de los poderes implícitos no se opera necesariamente en detrimento de los Estados, sino que siempre es en favor de la integración.

Hasta hoy, el Mercosur funcionó a partir de una estructura frágil en la cual, a semejanza de una organización internacional clásica, los Estados elaboraron los medios que permitieron sumar sus voluntades nacionales, en lugar de emitir una voluntad común. El hecho de que estas voluntades nacionales converjan en dirección a la integración económica es una tendencia, y no un destino irreversible, pues el marco institucional no es extraño a la simple cooperación interestatal. El estudio de la organización funcional del bloque confirma esta constatación.

SECCIÓN 2

La organización funcional

En el texto de Ouro Preto, es posible identificar las atribuciones de los órganos del Mercosur. Es más difícil, sin embargo, describir las condiciones de ejercicio de estas atribuciones. La teoría de las funciones, en el derecho internacional, hace referencia precisamente al proceso por el cual las actividades específicas (funciones) pueden ser ejecutadas por las organizaciones internacionales, y no por diferentes autoridades estatales.²⁵⁷ Se constató que “los órganos del Mercosur son predominantemente deliberativos [en oposición a los órganos ejecutivos]: frente a los países miembros sus poderes de administración y normativo se limitan, en general, a su propia organización”.²⁵⁸ Es por ello que una comparación del Mercosur con la división de las funciones estatales está desprovista de interés.²⁵⁹

²⁵⁷ Chadwick Alger, “L’organisation internationale vue de l’angle du fonctionnalisme et de l’intégration”, en *Le concept de l’organisation internationale*, París, UNESCO, 1980, pp. 130-156 (130).

²⁵⁸ Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul...*, o. cit., p. 72.

²⁵⁹ En el ámbito del Estado pueden ser reconocidas al menos seis funciones: constitucional, legislativa, diplomática, administrativa, de justicia ordinaria y de justicia constitucional; véase Denys de Bechillon, “Typologie des fonctions de l’Etat”, en *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l’Etat*, París, Economica, 1996, pp. 44-192.

En lo que se refiere a una eventual comparación con la integración europea es preciso desde ya subrayar que el análisis de la división de poderes, en el contexto de un proceso de integración, es mucho más sutil que la simple identificación de los tres poderes fundamentales de la autoridad pública —en el seno del Estado, los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial—. El estudio de la división de poderes en Europa debe entonces privilegiar un abordaje no orgánico, sino funcional: es preciso definir las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, después identificar los órganos que fueron encargados de esas atribuciones.²⁶⁰

En cuanto a la estructura institucional definitiva del Mercosur, ya descrita, es preciso agregar que está claramente jerarquizada.²⁶¹ Si el artículo 1 del POP se conforma con enumerar las seis principales instituciones del bloque, el artículo 3 no deja la menor duda en cuanto a la naturaleza del Consejo. Se trata del “órgano supremo” del Mercosur.²⁶² Así, según el artículo 14, el GMC actúa de acuerdo con las orientaciones emanadas del Consejo, o para ejecutar las decisiones adoptadas por éste. Además, el artículo 16 define la Comisión de Comercio como “el órgano encargado de apoyar los trabajos del GMC”.

La competencia para aprobar los reglamentos internos de cada órgano confirma esta jerarquía: el CMC aprobó el reglamento interno del GMC (artículo 8, XI POP), mientras que el GMC tuvo que aprobar el reglamento interno de la CCM (artículo 14, XIV POP). Así, estas tres instituciones dividen el poder deliberativo y los demás órganos (el CPC, el FCES, la SAM, las reuniones de ministros y las reuniones especializadas) poseen apenas función consultiva.²⁶³ Existen

²⁶⁰ Koen Lenaerts, “Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community”, en *CML*, n.º 28, 1991, pp. 11-35.

²⁶¹ A diferencia de la Unión Europea, donde el artículo 4.º TUE designa las instituciones que garantizan “la realización de las tareas confiadas a la Comunidad”. En el párrafo 1 menciona el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, la Corte de Justicia y la Corte de Cuentas, y agrega que cada institución actúa en los límites de las atribuciones que le son conferidas por el tratado. Pero éste no las organiza, sin embargo, según un orden jerárquico. Se puede ver, por lo tanto, entre estos órganos, en particular entre los cuatro principales órganos de la Comunidad —el Consejo de la Unión Europea, la Comisión, el Parlamento y la Corte de Justicia—, no relaciones de subordinación, sino relaciones mantenidas “en la base de una paridad institucional” (expresión de Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration*, Ginebra, IHEI-Sijthoff-Leiden, 1972, p. 21).

²⁶² Esta disposición corrobora el artículo 10 del Tratado de Asunción: “el Consejo es el órgano superior del Mercado Común”.

²⁶³ De acuerdo con el artículo 2.º del POP, “El CMC, el GMC y la CCM son órganos de decisión intergubernamentales”. El carácter de los demás órganos también se encuentra en los artículos 26, 29 y 31 del POP.

por lo tanto, relaciones de cooperación entre los órganos consultivos y los deliberativos, y relaciones de subordinación entre los propios órganos deliberativos.

Además de este orden jerárquico particular,²⁶⁴ conviene prestar la atención a la organización funcional del Mercosur. Clasificaciones muy diversas de la función de las organizaciones internacionales y hasta de la Unión Europea pueden ser encontradas en la doctrina jurídica. Serán examinadas apenas aquellas utilizadas con mayor frecuencia, evitando así reiterar las fragilidades de las instituciones del Mercosur. Centenas de normas de derecho derivado actualmente en vigor prueban un intenso ejercicio de la función normativa (§ 1.º). A continuación, se extraen de esas normas atribuciones que se inspiran en las funciones ejecutivas, de control e internacional (§ 2.º).

§ 1.º La función normativa

Una comparación profunda entre la función normativa en Europa y en el Mercosur no puede fundarse en parámetros confiables, ya que grande es la asimetría entre el orden jurídico comunitario y el derecho del Mercosur. El esfuerzo de comparación ahora emprendido se limita, por lo tanto, al proceso decisorio en sí mismo y no se extiende a las materias de competencia normativa de cada bloque, ni a la aplicación de las normas comunes de estos bloques regionales.

Por tanto, es preciso tener claro que, distante de la lógica ya bastante conocida del derecho comunitario, el poder de decisión del Mercosur en el ámbito normativo, en el sentido del artículo 2 del POP, apenas da inicio a un proceso de incorporación de las reglas comunes por los ordenamientos nacionales, cuyo resultado es probable pero no cierto, ya que la vigencia de la norma depende de la manifestación de voluntad de diferentes actores. Además, ante la ausencia de incorporación, no es admitida la invocabilidad en juicio de las normas en cuestión.

Resaltada esta singularidad, se debe admitir que, a semejanza de la CE, las principales instituciones del Mercosur participan del proceso de elaboración de las normas comunes. En la CE, el poder normativo es compartido entre el Consejo de

²⁶⁴ Véase el cuadro n.º 4, "El organigrama del Mercosur", p. 601.

la Unión Europea, la Comisión y el Parlamento,²⁶⁵ que corresponden a los lados de un *triángulo institucional*.²⁶⁶ En ella se encuentra también una tipología clara de los actos normativos comunitarios, expresada por el artículo 249 del TUE.²⁶⁷

En el ámbito del Mercosur, el ejercicio de la función normativa por las instituciones comunes es mucho menos complejo.²⁶⁸ En este conjunto de procedimientos, se destacan la tipología de los actos normativos (I) y el cuadro de las relaciones interinstitucionales de vocación normativa (II).

I. La tipología de los actos normativos del Mercosur

Tres artículos del POP establecen la nomenclatura del derecho derivado del Mercosur. El artículo 9 prevé: “el Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Parte”. El artículo 15 dispone: “el Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Parte”.²⁶⁹ Y en virtud del artículo 20, “la Comisión de Comercio del Mercosur se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Parte”.

²⁶⁵ Es preciso notar que el Consejo Europeo, a pesar de que no integre las Comunidades ni la Unión, también puede ejercer un papel en el proceso legislativo cuando una acción política es necesaria para desbloquear el orden del día. Sin embargo, ello no está previsto en los tratados constitutivos y no es utilizado con frecuencia. Véase Philippe Manin, *Les Communautés européennes...*, o. cit., § 433.

²⁶⁶ “La expresión ‘triángulo institucional’, utilizada para calificar las relaciones entre el Consejo, la Comisión y el Parlamento, surgió por primera vez en el vocabulario oficial de las Comunidades Europeas en octubre de 1979, del puño de los ‘tres sabios’ en su informe sobre las instituciones europeas. Con esa figura geométrica, ellos querían caracterizar la sustitución de un sistema de relaciones en el cual lo esencial de la influencia del Parlamento era ejercida sobre la Comisión, por una situación donde serían establecidas relaciones recíprocas y equilibradas entre las tres instituciones” (Jean-Paul Jacqué, “L’évolution du triangle institutionnel communautaire depuis l’élection du Parlement européen au suffrage universel direct”, *Mélanges Teitgen*, París, Pédone, 1984, pp. 183-208, esp. p. 183).

²⁶⁷ De acuerdo con este artículo, “para la realización de su misión y en las condiciones previstas en el presente tratado, el Parlamento europeo, en conjunto con el Consejo y la Comisión, editan *reglamentos y directivas*, toman decisiones y formulan *recomendaciones o pareceres*. El reglamento tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable a todos los Estados miembros. La directiva obliga a todo Estado miembro destinatario a alcanzar el resultado determinado, dejando a las instancias nacionales la competencia en relación con la forma y a los medios. La *decisión* es obligatoria en todos sus elementos para los destinatarios designados por ella. Las *recomendaciones* y los *pareceres* no son vinculantes” [sin cursiva en el original].

²⁶⁸ Véase el cuadro n.º 5, “El procedimiento legislativo”, p. 602.

²⁶⁹ Sobre este asunto es forzoso constatar que las explicaciones de Colliard y Dubouis, según las cuales el CMC “es asistido por un órgano ejecutivo permanente dentro del cual las *Decisiones* deben ser adoptadas en consecuencia” (*sic*, sin cursiva en el original), carecen, como mínimo, de claridad. Por otro lado, los autores creen que la abreviatura Mercosur significa “Mercado Común del Cono Sur” (*Institutions Internationales*, París, Dalloz, 1995, 10.ª ed.).

Por lo tanto, el órgano que da origen al acto es determinante de su denominación.²⁷⁰ Como resultado, en virtud de las diferentes funciones atribuidas a cada órgano, se opera una identificación entre el tipo de acto y las materias tratadas por él.

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico comunitario, las *decisiones, resoluciones y directivas* del Mercosur disponen de condiciones de aplicabilidad equivalentes. Ésta es la razón por la cual ninguna semejanza puede ser establecida entre las *decisiones* y las *directivas* del Mercosur y las *decisiones y directivas* de la Comunidad Europea.²⁷¹

Dentro del Mercosur, las decisiones son tomadas sólo por el Consejo, mientras que en la CE ellas pueden ser tomadas por el Consejo y por la Comisión. En el primer caso, se trata de un acto normativo general, relativo a todas las áreas de constitución de un mercado común. En el segundo se trata, en sentido estricto, de una medida de ejecución administrativa destinada a ejercer, en casos individuales, una competencia comunitaria.²⁷² En el Mercosur, las decisiones apuntan al conjunto de los Estados miembros, mientras que en la Comunidad ellas pueden dirigirse a los Estados miembros, a las empresas y a los individuos. En el ámbito del Mercosur, una decisión puede ser invocada ante las jurisdicciones nacionales después de su incorporación a los ordenamientos nacionales. En Europa, las decisiones producen un efecto directo en relación con sus destinatarios, desde su notificación.

En lo que respecta a las directivas, la naturaleza de las normas europeas y mercosureñas no es menos diferente. En el Sur, una directiva es adoptada por la CCM, mientras que en Europa puede serlo por el Consejo o por la Comisión. En el seno del Mercosur, la directiva es un acto normativo general, relativo a la política comercial y al arancel externo común, y no ha adquirido hasta ahora una importancia práctica notable. La directiva es un instrumento de armonización de las legislaciones y de los reglamentos nacionales, reconocido como “la principal técnica ‘legislativa’ de la CE”.²⁷³

²⁷⁰ Las propuestas apenas pueden ser hechas por el GMC y por la CCM. Sin embargo, no son actos normativos, sino simplemente la expresión del poder consultivo de estos órganos en algunas materias.

²⁷¹ Véase el cuadro n.º 6, “Las decisiones y las directivas en el Mercosur y en la CE”, p. 603.

²⁷² En un sentido más amplio, el término “decisión” puede tener como objeto actos no previstos por el art. 189 CE. Véase Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, o. cit., § 224.

²⁷³ Philippe Manin, *Les Communautés...*, o. cit., p. 300. Según Denys Simon, “se trata sin duda del acto de derecho derivado que revela más claramente la contradicción entre la preocupación de garantizar una

En el Sur, la directiva está dirigida al conjunto de los Estados miembros, mientras que en la CE puede dirigirse a uno, a varios o a todos los Estados miembros. En el Mercosur, la directiva puede ser invocada ante las jurisdicciones nacionales a partir de su incorporación a los ordenamientos nacionales. En el derecho comunitario, ella comporta una obligación de resultado, que debe ser cumplida a través de su transposición al ordenamiento interno, gracias a un acto normativo nacional.²⁷⁴ Excepcionalmente, puede producir efecto directo.²⁷⁵

Los tres órganos dotados de poder decisorio son por lo tanto libres para dictar individualmente normas destinadas a la incorporación en los ordenamientos internos. Algunas reglas pueden, sin embargo, resultar de un proceso decisorio complejo e implicar la participación de más de una institución del Mercosur.

II. Las relaciones interinstitucionales

Teóricamente, se pueden esquematizar las relaciones entre el CMC, el GMC y la CCM a través de un triángulo institucional.²⁷⁶ Dentro de tal relación triangular, la CCM puede proponer al GMC “nuevas normas o modificaciones a las normas existentes en materia comercial y aduanera del Mercosur”.²⁷⁷ El GMC, por su parte, puede transmitir estas propuestas al CMC, pues tiene competencia para proponer proyectos decisivos.²⁷⁸ Sin embargo, éste no es el procedimiento seguido en la práctica por el Mercosur.

El texto del POP no es claro respecto a la naturaleza de las normas de la CCM: puede tratarse de normas destinadas a ser adoptadas por el bloque, o simples sugerencias transmitidas por el GMC a los Estados miembros.²⁷⁹ Además, la CCM se expresa principalmente a través del ejercicio de sus poderes normativos propios,

aplicación uniforme de las reglas comunes y la voluntad de respetar la autonomía institucional y procesal de los Estados miembros”, *Le système...*, o. cit., p. 203.

²⁷⁴ De acuerdo con el artículo 249 TCE, “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

²⁷⁵ Sobre el efecto directo, véase nota 153, p. 96.

²⁷⁶ Véase el cuadro n.º 5, sobre el procedimiento legislativo, p. 602.

²⁷⁷ Art. 19, VII, POP.

²⁷⁸ Art. 14, II, POP.

²⁷⁹ Luiz Olavo Baptista, *Le Mercosul...*, o. cit., p. 77.

o sea, las *directivas* relativas a la administración y aplicación del arancel externo común.

Una parte considerable de la producción normativa del Mercosur resulta, en realidad, de la dualidad de las relaciones entre el GMC y la CMC (A), pero también entre las reuniones de ministros y el GMC (B).

A. EL GRUPO MERCADO COMÚN Y EL CONSEJO

La jerarquía general entre el CMC y el GMC, establecida por el TAs, se mantiene en cuanto al ejercicio de la función normativa dentro del Mercosur. Sin embargo, en la práctica el CMC guarda para sí la función de homologación de las propuestas del Grupo, cuyo poder de iniciativa se reviste una importancia considerable.

Considerando las altas funciones de los miembros del CMC, el GMC ejerce en cierto modo, un papel similar al del *Comité de Representantes Permanentes* (Coreper) en la Unión Europea.²⁸⁰ Según el artículo 207 del TUE, “un comité compuesto de representantes permanentes de los Estados miembros tiene como obligación preparar los trabajos del Consejo y ejecutar los mandatos que le son conferidos por éste”. Estos representantes permanentes de los Estados miembros junto a la Comunidad son los jefes de Misión que cada Estado envía a Bruselas y que, “a semejanza de una embajada, establece y mantiene los lazos útiles entre el Estado y la Comunidad. La reunión de esos representantes forma el Coreper, que sí es un órgano comunitario”.²⁸¹

Tal semejanza surge especialmente en el desarrollo de los *rounds* preliminares a las negociaciones. Sin embargo, la composición, la dinámica y los objetivos de estos dos órganos obstaculizan una comparación sistemática. El GMC posee expresamente un poder decisorio, al tiempo que “la doctrina está plenamente de acuerdo sobre el hecho de que el Coreper no posea poder jurídico de decisión”.²⁸²

²⁸⁰ Sobre el Coreper, véanse Vlad Constantinesco y Denys Simon (dir.), *Le Coreper dans tous ses Etats*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000; Vlad Constantinesco, “Le Conseil des Ministres. Le Coreper”, *Juris-Classeurs Europe*, fasc. 220, 1993; Araceli Mangas Martín, “La participation du Coreper au processus de décision communautaire”, en *CDE*, 1980, pp. 25-53, y *El Comité de Representantes Permanentes de las Comunidades Europeas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

²⁸¹ Philippe Manin, *Les Communautés...*, o. cit., p. 97.

²⁸² Paolo Ponzano, en *Le Coreper dans tous ses Etats*, o. cit., pp. 83-97 (84). Con excepción de las decisiones procedimentales relativas, por ejemplo, a la publicidad de los votos y debates, el recurso al procedimiento escrito y la aprobación del acta.

El Coreper es “un lugar privilegiado (tal vez único) de contactos, por un lado, entre las administraciones nacionales de los Estados miembros, y por otro, entre la administración comunitaria y las diferentes administraciones nacionales”; “una instancia de conciliación entre las diferentes políticas comunitarias, observadas a través de los ojos de un generalista muy particular, el agente diplomático”.²⁸³ Se sabe que el GMC está compuesto por representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, pero también por representantes de los Ministerios de Economía y de los Bancos Centrales. Desde esta perspectiva, el Grupo constituye un punto de contacto entre las administraciones nacionales. Pero como todas las instituciones dotadas de un poder decisorio, en el seno del Mercosur, conocen un mismo tipo de composición, éste no es único. Además, existen órganos típicos de representación de las autoridades gubernamentales, como las reuniones de ministros.

En la medida en que la administración comunitaria es inexistente dentro del Mercosur, es imposible imaginar su eventual relación con las administraciones nacionales. Por otro lado, bajo la *mirada* del diplomático, la comparación parece pertinente: hay quien se pregunta con frecuencia si realmente existe otra mirada además de la de él. Los agentes diplomáticos coordinan todas las reuniones de todas las instituciones deliberativas. Su visión de la integración se impone desde la elección del orden del día, y subsiste a lo largo de todo el proceso decisorio.

Puede ser interesante esclarecer el poder de iniciativa del GMC a la luz del que posee la Comisión Europea. En sus relaciones con el Consejo, la Comisión Europea ejerce una de sus más importantes funciones: “su función de iniciativa se manifiesta de manera más característica en el poder de proposición, que el tratado le atribuye a la mayor parte de los actos del Consejo”.²⁸⁴ Sin embargo, el ejercicio del poder de iniciativa del GMC, al contrario del poder de iniciativa de la Comisión Europea, no mereció condiciones suficientemente claras en los tratados. Aunque el artículo 13 del TAs atribuya al GMC una *facultad de iniciativa*, el POP se limita a conferirle varias tareas de impulso —particularmente “proponer proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común” o de “manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del Mercosur en

²⁸³ Jean-Luc Sauron, “Rapport Introductif”, en *Le Coreper dans tous ses Etats*, o. cit., pp. 15-22 (18).

²⁸⁴ Jean Amphoux, en *Commentaire Mégret*, vol. 9, ULB, 1979, p. 175.

el ámbito de sus competencias” (artículo 14 del POP)—, sin para ello mencionar expresamente la iniciativa.

Además, el reglamento interno del GMC deja entrever, más que un poder de iniciativa, una posible aplicación de la teoría de los poderes implícitos que hasta el presente no vio la luz: “A fin de cumplir las funciones que le asigna el artículo 13 del Tratado de Asunción, el Grupo Mercado Común desarrollará todas las actividades que le sean confiadas por el Consejo del Mercado Común, *o las que en uso de su facultad de iniciativa, estime pertinentes*”.²⁸⁵ En el mismo sentido, no existe ningún límite material para la proposición de normas del GMC al CMC, como lo revela la lectura del artículo 14 II del POP. Sin embargo, se ignora el motivo por el cual el GMC nunca excedió los límites de sus atribuciones. Tal vez la regla de la unanimidad y la composición del órgano —donde toman asiento algunos de los sectores más conservadores de las administraciones públicas nacionales— constituyan indicios para una respuesta.

B. LAS REUNIONES DE MINISTROS Y EL GRUPO

Las reuniones de ministros son la expresión de la lógica intergubernamental y de la lógica de la cooperación. Podrían ser comparadas con las diferentes formaciones del Consejo de la Unión Europea, según el orden del día de las reuniones,²⁸⁶ excepto por dos grandes diferencias que son, por un lado, la ausencia de poder de decisión de las reuniones de ministros del Mercosur y, por otro, su funcionamiento, que reposa en las delegaciones nacionales y es coordinado por los ministros de Relaciones Exteriores de cada país —a semejanza de todas las otras instituciones del bloque.

Las reuniones de ministros y las reuniones especializadas ejercen un papel importante en el seno del Mercosur, particularmente en lo que respecta a la armonización de las legislaciones, materia en la cual ellas presentan más iniciativa que la Comisión Parlamentaria Conjunta. Sin embargo, se encuentran a merced de

²⁸⁵ Art. 4.º del reglamento interno del GMC, o. cit. [sin cursiva en el original].

²⁸⁶ El Consejo de los Ministros de la UE, único desde el punto de vista institucional, se sirve de veintiuna formaciones diferentes, “que van desde la agricultura al turismo, pasando por el medio ambiente o la pesca” (Jean-Baptiste Mattei, “La pratique décisionnelle de la CE au quotidien”, en *RAE*, n.º 1, 1993, pp. 49-52).

las posiciones de los responsables de cada cartera, especialmente del ministro encargado de la presidencia semestral de la institución. Algunos ministros atribuyen al Mercosur una verdadera importancia entre las múltiples atribuciones que deben ejercer. Otros dan pruebas de indiferencia o hasta de oposición al proceso de integración.²⁸⁷

Finalmente, es preciso destacar la ausencia de participación en el ejercicio del poder normativo del órgano de representación de los pueblos, la CPC —que sólo “participa” en el momento de la incorporación de las reglas a los ordenamientos nacionales, y de modo muy complejo— y del FCES. Aunque los órganos consultivos puedan presentar recomendaciones o propuestas, se trata de un poder de iniciativa limitado y no exclusivo. No existe ninguna garantía de que la propuesta o recomendación será examinada, ya que los órganos con poder de decisión no poseen plazo, ni obligación de apreciación de lo que les fue presentado.

Además de la elaboración de las normas comunes, los tratados constitutivos atribuyeron a las instituciones del Mercosur tareas de naturaleza diversa. Es preciso aún definir si estas atribuciones poseen los rasgos de funciones comúnmente encontradas en la estructura del Estado o en las organizaciones internacionales.

§ 2.º Otras funciones

En la dinámica de las instituciones del Mercosur, además de la función normativa, se puede intentar identificar las otras funciones normalmente presentes en el proceso de integración: la función ejecutiva (I), la función de control (II) y la función internacional (III).

I. La función ejecutiva

No existe una verdadera función ejecutiva en el Mercosur. Según Luiz Olavo Baptista, no se podría deducir de la atribución de algunas funciones al CMC, ni de

²⁸⁷ La reunión de los ministros de Justicia, por ejemplo, tuvo un papel muy importante en los años 1996 y 1997, cuando un conjunto de acuerdos de cooperación jurisdiccional fue concluido, bajo la batuta del ministro Nelson Jobim. Véanse *Mercosul: acordos e protocolos na área jurídica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996; y Deisy Ventura, *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

la forma por la cual este órgano toma sus decisiones, una relación de subordinación entre él y los ciudadanos del Mercosur: admitiendo que sus decisiones son aplicadas a los Estados miembros gracias a una obligación de transposición, ellas deben ser ejecutadas por los órganos nacionales competentes en la materia.²⁸⁸ El mismo principio se aplica al GMC y a la CCM.

Destacando el hecho de que las competencias de estos órganos están ligadas a la coordinación, y que las relaciones entre ellos y los Estados son, antes que nada, relaciones de colaboración, se puede afirmar que las medidas de gestión del proceso de integración son discutidas tanto dentro del CMC como del GMC y de la CCM. Si estas instituciones tuviesen verdaderos poderes, se tendría en este caso un poder ejecutivo tripartito; la conducción de la política comercial común y el arancel externo común quedaría a cargo de la CCM, y la gestión de las materias restantes a cargo del CMC y del GMC.

II. La función de control

El control adquiere en el Mercosur un significado totalmente diferente de aquel que le es tradicionalmente atribuido en el ámbito de un Estado. La influencia de los representantes de los pueblos es ejercida únicamente por medio de una Comisión Parlamentaria Conjunta. Sus funciones se limitan a acelerar los procedimientos internos en los Estados miembros, destinados a poner en vigencia inmediatamente las reglas derivadas de las instituciones del Mercosur y a colaborar con la armonización de los ordenamientos nacionales a lo largo del proceso de integración.²⁸⁹ Desprovista de cualquier poder, la CPC no puede ejercer un poder legislativo de tipo estatal, pues ella excluye tanto la función normativa como la función de control político y de legalidad de los actos institucionales.²⁹⁰

²⁸⁸ “No resulta, ni de estas funciones, ni del modo de decidir, una relación administrativa entre el Consejo y los habitantes de los países del Mercosur. Las decisiones del Consejo, a pesar de que obliguen a las partes contratantes, lo hacen de modo indirecto, pues deben ser ejecutadas por los respectivos órganos nacionales competentes, como lo establece el art. 38 del Protocolo de Ouro Preto” (*Le Mercosul...*, o. cit., p. 75).

²⁸⁹ Art. 25, POP.

²⁹⁰ En Francia, por ejemplo, el control parlamentario es ejercido a través de preguntas, comisiones de investigación y de control, así como de la investigación de la responsabilidad del gobierno (Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, París, Armand Colin, 1998, p. 581).

Por otra parte, los frágiles mecanismos de control institucional en el Mercosur no son comparables con el control político y jurídico instaurado dentro de la Unión Europea. Aunque el control político ejercido por el Parlamento Europeo sea limitado por la dualidad del ejecutivo comunitario (Consejo y Comisión), no se puede poner en cuestión el importante papel político que ejerce en el proceso de integración y sobre todo la legitimidad en la cual se basan sus acciones y que resulta del sufragio universal.

Un mecanismo comparado con el control jurisdiccional de legalidad de los actos comunitarios y de los actos de los Estados miembros, ejercido por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, no existe en el sistema institucional del Mercosur.²⁹¹ Según el texto de Ouro Preto, el CMC debe velar por la aplicación de los tratados constitutivos,²⁹² así como lo hace el GMC, dentro de los límites de su competencia.²⁹³ De este modo, el papel de guardián de los tratados, aparentemente conferido a los principales órganos del Mercosur, no puede ser analizado como una función de control, ya que, privada de poder de sanción y sometida a la regla del consenso con la presencia de todos los Estados miembros, la intervención de estos órganos se limita a recurrir a la diplomacia tradicional para intentar persuadir a los Estados y, si se diera el caso, otras instituciones, de no violar los tratados constitutivos.

La CCM debe, por su parte, garantizar la aplicación de los instrumentos de la política comercial común concluidos entre los Estados miembros y de los pactados con terceros países y organizaciones internacionales, más allá de los acuerdos de comercio.²⁹⁴ Sometida a la lógica institucional del CMC y del GMC, su acción de control se limita *a fortiori* a la negociación.

Las instituciones del Mercosur se limitan a controlar mutuamente algunos aspectos de su funcionamiento, de acuerdo con el orden jerárquico establecido por el POP. El GMC debe de este modo aprobar el presupuesto y las cuentas de la SAM y supervisar sus actividades.²⁹⁵ El Grupo debe también controlar la evolución

²⁹¹ Sobre el respeto del sistema de solución de controversias del Mercosur, véase p. 113.

²⁹² Art. 8, I, POP.

²⁹³ Art. 14, I, POP.

²⁹⁴ Arts. 16 y 19, I, POP. El art. 19, III refiere esta atribución en relación con la aplicación de los instrumentos de la política comercial común en los Estados parte.

²⁹⁵ Art. 14, VIII, POP.

y aplicación de los instrumentos de la política comercial común promovida por la CCM.²⁹⁶ Además, la SAM “controla” la incorporación a los ordenamientos internos del derecho derivado del Mercosur: los Estados miembros deben mantenerla informada sobre esas incorporaciones y ella debe, a su vez, informarlos sobre el estado actual de esa incorporación.²⁹⁷

En materia de relaciones exteriores, la atribución de un papel a los órganos consultivos del Mercosur sería bienvenida, sea para controlar su compatibilidad con los objetivos del tratado, sea para conferirle una cierta legitimidad. Sin embargo, las relaciones internacionales del bloque toman prestadas las características de las políticas externas de sus Estados miembros.

III. La función internacional

En lo que respecta a la acción del Mercosur en la escena internacional, la actual situación de una simple acumulación de las políticas externas nacionales (A), con grandes dificultades de coordinación, puede ser alterada con la creación de la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur, cuya presidencia mereció del Consejo un protagonismo internacional promisorio (B).

A. LA ACUMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS EXTERNAS NACIONALES

Como ya se observó, el Consejo es titular de la personalidad jurídica internacional del Mercosur.²⁹⁸ Por esto, a él incumbe negociar y firmar acuerdos en nombre del Mercosur con terceros países, agrupaciones de países y organismos internacionales.²⁹⁹ Estas funciones pueden ser delegadas, a través de mandato explícito, al GMC.³⁰⁰ El Grupo puede, por su parte, delegarlas a la CCM por medio de una autorización del Consejo.³⁰¹

²⁹⁶ Art. 19, VI, POP.

²⁹⁷ Art. 32. Este control depende de un mecanismo complejo de incorporación.

²⁹⁸ Art. 8, III, POP.

²⁹⁹ Art. 8, IV, POP.

³⁰⁰ Art. 8, IV, POP, *in fine*.

³⁰¹ Art. 14, VI, POP.

En la práctica, las relaciones exteriores del Mercosur están a cargo de las políticas externas individuales de los Estados miembros.³⁰² El papel ejercido por los Ministerios de Relaciones Exteriores, a través de la coordinación de todos los órganos con poder decisorio, garantiza plenamente el control de la postura del bloque, por los agentes de la política externa de los Estados. Resulta de ello la ausencia de participación de los órganos consultivos del Mercosur en la elaboración de los acuerdos internacionales. En la medida en que no existe ningún procedimiento predeterminado de conclusión de los acuerdos, es total la opacidad del funcionamiento del bloque en este aspecto.

Súmese a ello el hecho de que la materia no escapa a una cierta confusión. Antes del reconocimiento explícito de la personalidad jurídica internacional del Mercosur por el POP en 1994, éste ya había firmado dos acuerdos internacionales. Actualmente, el Mercosur ya firmó numerosos acuerdos internacionales.³⁰³

Habiendo el bloque privilegiado siempre el pragmatismo, es natural que la preocupación por el rigor jurídico de las relaciones exteriores del Mercosur no sea ejemplar. Las fórmulas de presentación de los signatarios son variadas, y no se podría decir que esa diversidad corresponda a una real pluralidad de significados jurídicos. Al contrario, sería más lógico reconocer que la fórmula *el Mercosur y sus Estados miembros*, clásica para los acuerdos mixtos, sería la más adecuada a la intergubernamentalidad pura adoptada por el bloque.

Al no estar claros los objetivos de la política externa del Mercosur, estos acuerdos constituyen un mosaico de iniciativas de cooperación. En la práctica, no produjeron una cooperación internacional significativa. Pero los principales problemas de las relaciones exteriores del Mercosur continúan siendo el de las relaciones con los Estados asociados, el de la superposición de negociaciones de contenido similar en distintos ámbitos regionales y la dificultad de mantener una posición homogénea en los foros de negociación multilaterales.³⁰⁴

³⁰² “Las relaciones externas del Mercosur son una función directa de las políticas externas individuales de los Estados parte” (Marcelo Medeiros, “Relações externas do Mercosul”, en *RBPI*, n.º 2, 1995, pp. 31-58, esp. p. 35).

³⁰³ Véase el cuadro n.º 8, “Los acuerdos internacionales del Mercosur”, p. 612.

³⁰⁴ Véanse pp. 394 y ss.

B. *El rol de la Comisión de Representantes Permanentes*

El presidente Duhalde ha desarrollado, a lo largo del año 2004, una intensa agenda de contactos internacionales, “con el objetivo de colaborar en las negociaciones en curso y abrir nuevos espacios de diálogo político y comercial”.³⁰⁵

Como presidente de la CRPM, acompañó al presidente Luiz Inácio *Lula* da Silva a la India y a los Emiratos Árabes. Visitó al presidente de la Comisión Europea, en aquel momento Romano Prodi, y al alto representante para la Política Exterior y Seguridad Común y secretario general del Consejo de la Unión Europea, D. Javier Solanas. Participó de la Cumbre UE-América Latina en Guadalajara y se reunió, en Madrid, con el rey Juan Carlos. Sostuvo conversaciones con el vicescanciller de la Federación Rusa y con el secretario de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Mexicanos.

Mantuvo un diálogo, durante el segundo semestre de 2004, con todos los presidentes de Sudamérica, y el 8 de diciembre del mismo año estuvo presente, en Cuzco, cuando la firma del acta fundacional de la Comunidad Sudamericana de Naciones,³⁰⁶ de la cual intentó hacerse una especie de *padre fundador* y portavoz.³⁰⁷ Habló, en nombre de Mercosur, en una impresionante cantidad de reuniones y eventos internacionales o regionales.

Queda la impresión de que el Consejo creó una especie de *señor PESC* en el Sur, o sea, que quiso dar al Mercosur un rostro, de la misma manera que la Europa lo ha hecho para simbolizar a la Política Externa y de Seguridad Común de la

³⁰⁵ Mercosur/XXVI CMC/DI n.º 2/04.

³⁰⁶ *Declaración del Cuzco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones* (III Cumbre Presidencial Sudamericana), firmada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela. Este ámbito de cooperación intergubernamental tiene como fin, según la Declaración, impulsar los procesos de concertación y coordinación política y diplomática; la profundización de la convergencia entre el Mercosur, la Comunidad Andina y Chile a través del perfeccionamiento de la zona de libre comercio, asociando a ello los Gobiernos de Suriname y Guyana; la integración física, energética y de comunicaciones; la armonización de políticas que promuevan el desarrollo rural y agroalimentario; la transferencia de tecnología y de cooperación horizontal en todos los ámbitos de la ciencia, la educación y la cultura; la interacción entre las empresas y la sociedad civil en la dinámica de integración.

³⁰⁷ “Algunas voces se han alzado recientemente alertando sobre la posibilidad de la ‘disolución’ del Mercosur en nuestro nuevo nivel de integración. Nada más errado. En algún momento del tiempo, seremos definitivamente una sola región, con una plena integración económica, física y política” (Mercosur/XXVII CMC/DI n.º 08/04, “II Informe de Actividades del Presidente de la CRPM a los Sres. Presidentes de los Estados Parte del Mercosur y Sres. Miembros del Consejo del Mercado Común”, punto 5).

Unión Europea (PESC). Las resistencias sistemáticas al trabajo de la CRPM confirman que a ella puede estar reservado un rol más bien de representación que de impulsión del proceso de integración en el plano interno, y que dicho papel puede extenderse al proceso de integración subcontinental.

Si se oponen las percepciones estática y dinámica —como lo hicieron Kelsen y tantos otros con el derecho en general— en la estructura institucional del Mercosur, puede decirse que después de un análisis teórico de la composición de las atribuciones de sus órganos, los más optimistas guardarán como síntesis la palabra *flexibilidad*, mientras que los más pesimistas preferirán el término *fragilidad*, o hasta *precariedad*. Sin embargo, en cuanto a la dinámica de las instituciones, todos pueden estar de acuerdo en que la idea significativa de estos diez años de funcionamiento del Mercosur fue la buena voluntad de los Estados miembros.

Michel Virally destacaba la impropiedad del término *intergubernamental* en la clasificación de las organizaciones internacionales: “sería mejor decir *interestatales*”.³⁰⁸ En el caso del Mercosur, esta observación no parece pertinente. El Mercosur es una cuestión entre gobiernos, de los cuales depende enteramente, con nítida preponderancia de los elementos coyunturales sobre las preocupaciones de naturaleza estructural. Para algunos, sin ser un concepto *híbrido*, el Mercosur es una estructura de transición entre una unión aduanera y un mercado común de tipo simplificado.³⁰⁹ Aun habiendo adoptado la estructura de una organización regional común, su dinámica es tan flexible que más parece ser el fruto de un simple entendimiento entre gobiernos.

Esta inestabilidad no impide una abundante producción normativa que presenta actualmente más de mil reglas jurídicas, cuya fuente son las instituciones comunes. Es necesario por lo tanto investigar el alcance del derecho derivado del Mercosur.

³⁰⁸ O. cit., p. 53.

³⁰⁹ Paulo Roberto de Almeida, prefacio a Faria, *Le Mercosur...*, o. cit., p. ix.