



Estudio del CURI

Prof. Doctor Didier Operti Badán

**Ideas para reformar al Mercosur
en lo Institucional**

***Consejo Uruguayo
para las Relaciones Internacionales***

***22 de setiembre de 2015
Estudio N° 09/15***

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

Apreciación General

Un peculiar introito: El Por Qué de este artículo.

i.-Reconocemos que la actual crisis del MERCOSUR tiene varios componentes y que acaso el institucional no sea el más visible o relevante.

Sin embargo, siempre hemos entendido que todo proceso de integración que se identifique como tal, debe contar con una sólida organización capaz de procesar los problemas que su funcionamiento y evolución demandan y –en rigor-, de darles una respuesta previsible y confiable a los sujetos públicos y privados de la sub-región y sobre todo, desde la perspectiva de un regionalismo abierto, de fuera de ella.

Naturalmente, además, y a modo de adelanto, los Estados Parte (o “Partes”) son los primeros en su derecho-deber de proteger y hacer funcionar el MERCOSUR, como un conjunto de reglas en las que no se contempla la denuncia parcial de sus instrumentos básicos ,Tratado de Asunción (TA , 1991) y Protocolo de Ouro Preto (POP, 1994), y por supuesto, la opción unilateral de ninguno de sus socios para separarse del acuerdo, salvo anuencia, previa consulta, de los demás socios.

ii.- Cabe advertir que nuestras reflexiones reposan en hechos, sobre algunos de los cuales podríamos atestiguar, pero en todos los casos reflejan un punto de vista personal no desconectado de la intensa dinámica que vive hoy la comunidad internacional en su conjunto y de la que forma parte nuestro MERCOSUR.

A modo de comentarios seguidos en ciertos casos de interrogantes, presento en este ámbito independiente y no gubernamental un conjunto de observaciones de cuyo análisis y respuesta podría derivarse algún tipo de proposición concreta sin otra pretensión que la de aportar al debate del MERCOSUR, teñido hoy día de un marcado escepticismo que se vuelca sobre el organismo todo, poniéndose en tela de juicio su propia sobrevivencia y la idea misma de su creación. Trataremos de librarnos del rasgo radical de ciertas posturas, favorables u opuestas al MERCOSUR, para situarnos – si ello fuere posible --, en un ámbito libre de prejuicios o de bloqueos ideológicos que no oxigenan el análisis.

iii.-Visto esencialmente el MERCOSUR, desde un ángulo de economía política y más específicamente, de un modelo de política comercial regional común, aspiramos a que este ejercicio pueda contribuir al menos a rescatarlo de un ya prolongado letargo, hasta el extremo de diagnosticársele como otra frustrada experiencia más, en proceso de extinción, impotente para alcanzar un

integración eficaz y profunda, necesitado por tanto de la competencia de sus instituciones y del deber de los Estados de cumplimiento de lo acordado.

No es mi vocación afiliarme hoy, sin más, a esa calificación negativa, de ahí que sienta en lo personal la necesidad de explicar una visión propositiva y para esto, si se me permite, es de orden “ahondar” el debate sobre el MERCOSUR. Y aunque ello luzca como pretencioso—que intenta no serlo -, me auto convoco para esta tarea.

Otra precisión necesaria

i.- Nosotros mismos, defensores del proyecto MERCOSUR desde la primera hora, tanto en la enseñanza como en el Gobierno de mi país, y más tarde desde la Secretaría General de ALADI, no podemos silenciar una marcada dosis de decepción y lo más grave es que ello hace parte, sin duda, de un sentimiento generalizado a nivel de la opinión pública interna e internacional, todo lo cual va privando al organismo de la indispensable dosis de adhesión ciudadana y reconocimiento internacional no sustituible por una ortopedia parlamentaria con una sobredosis de voluntarismo , todavía no bien conocida ni entendida por la gente común y no percibida por tanto como un capítulo del debate público electoral.

Hemos afirmado tiempo atrás (asunto Paraguay – Venezuela) que el MERCOSUR vive una crisis de “identidad”, cuasi “existencial”, lo cual, sin duda, aumenta la responsabilidad de su tratamiento y la complejidad de la terapia. Acaso lo desmesurado de la ilegitimidad haya provocado la reacción extrema de entonces, ciertamente no carente de razones.

Esa decepción generalizada que responde a factores diferentes y frecuentes en este tipo de procesos es por cierto muy preocupante y hace más difícil una evaluación técnico-política lineal, superadora de la coyuntura y orientada hacia lo institucional, por bien inspirada que ella fuere. La renuencia a mirar más allá de la circunstancia es uno de los rasgos de la sociedad contemporánea y de ahí la dificultad mayor del presente intento.

ii.- La carencia de mecanismos de contralor de legalidad de los actos jurídicos del MERCOSUR configura un déficit importante, no el único por cierto, pero uno de los que coadyuva al juicio negativo y por ello demanda respuestas concretas.

No menos importante, al menos en mi caso, es asumir, como si fuere un axioma de la realidad, la continuidad del MERCOSUR, la que no habría que adoptar como un dogma ni tampoco confundir con una pétrea inmovilidad de la institución, de inspiración y objetivos ideologizados, reacia al cambio profundo y parapetada en una suerte de recinto amurallado de una fórmula utópica que resigna las razones esenciales de su creación y las acciones consiguientes.

Estas últimas son las que exigieron de los Estados socios, con especial incidencia en los más pequeños, ajustes estructurales en sus economías – en

particular de sus industrias exportadoras--para acceder al mercado ampliado y convenir el Arancel Externo Común, luego no suficientemente resarcidos en el largo plazo por una apertura comercial estable que les asegurara un mercado previsible y duradero, no sujeto a las trabas opuestas por las administraciones de turno de los socios mayores.

Sin embargo, el juicio anterior no es aplicable a un tramo extenso de tiempo en el que el MERCOSUR colmó al inicio expectativas y fue factor de una ola de optimismo no demasiado corriente en el ánimo uruguayo.

Abandonamos aquí el terreno de la justificación del estudio para pasar al del análisis explicativo.

Análisis - Comentarios

1.- El MERCOSUR es un capítulo instrumental y aun inicial – por su nivel de ambición --en el proceso de integración de la sub-región al carecer todavía de una política comercial común y de algo bastante menor aun, como sería una **estrategia común**– para no decir “comunitaria strictu sensu” dada la falta de una verdadera “comunidad” , y, por ende, de un “derecho comunitario” que cumpla los requisitos de tal (derecho original y derecho derivado, interpretación uniforme, tribunal judicial superior, etc.)

No obstante, en nuestra opinión el derecho del MERCOSUR configura una especie diferenciada tanto del derecho puramente interno como del derecho internacional clásico y aun del derecho comunitario, tipificándose como “derecho intergubernamental”, o sea, un “Derecho elaborado por los Gobiernos de los Estados socios”, a través del MERCOSUR. Ello se da muy claramente a partir de la internación sin excluir otros eventuales niveles de responsabilidad del Estado por no dar cumplimiento a la misma.

En efecto, sus relaciones con el derecho material interno de cada Estado Parte y su interpretación y aplicación por los jueces nacionales, da lugar a una suerte de malla reguladora que suscita ciertas cuestiones específicas como por ejemplo el tema de la responsabilidad del Estado por la no incorporación de los actos de los “órganos con capacidad decisoria” del MERCOSUR conforme a lo dispuesto por cada uno de éstos. Varios estudios doctrinarios publicados y bien conocidos examinan de modo especial esta cuestión, la que provoca disímiles interpretaciones.

No es ajeno a este apunte el muy difundido dilema entre dos términos: supranacional e intergubernamental , aunque cabe reconocer que en el caso del MERCOSUR se trató , en rigor, de una opción política y no técnica, por lo cual no cabría responsabilizar a ella de modo exclusivo de las virtudes y fallas que muestra en su funcionamiento orgánico el MERCOSUR.

Ciertas disfunciones son ajenas a la opción intergubernamental no obstante lo cual la evaluación de los resultados debería ser hecha sin perder de vista que una decisión de esta importancia no podía dejar de producir ciertos efectos,

positivos y negativos, lo que no es lo mismo que imputarlos íntegramente a esa preferencia.

Afirmamos que dentro del formato intergubernamental es posible alcanzar grados de concertación y unidad de criterios, hoy bastante difusos y trabados, sobre todo por problemas de procedimientos burocráticos y proteccionistas en los que predominan criterios internos de cada uno de los Estados socios, a lo que se asocia la necesidad de especialización en estas materias, no siempre satisfecha.

Así por ejemplo, en lo esencial, se hace muy difícil armonizar libre comercio y proteccionismo y esto último es lo que acontece en el MERCOSUR con cierta frecuencia y hoy mismo, siempre **contra legis**. Una verdadera batería de medidas restrictivas (licencias previas, por ej.) traban el ingreso al mercado y generan para las economías pequeñas problemas de sobrevivencia que penalizan fuertemente a las llamadas PYMES. Y cuando esto sucede, se responsabiliza al organismo por su incapacidad para dar una respuesta rápida y efectiva a los problemas que padecen los agentes económicos, sobre todo los más débiles y dependientes del mercado regional de sus exportaciones, prácticamente único para buena parte de ellas.

2.- La visión del derecho del MERCOSUR como un capítulo del orden jurídico de cada Estado Parte y por tanto propio de cada uno o sea derecho doméstico cuando en realidad se trata de un derecho de **varios**, está en la raíz misma de muchas de las vicisitudes que atraviesa el organismo, pues ello hace a la falta de una verdadera vocación integracionista **vinculante y eficaz**, lo que afecta tanto a los que no la evalúan con interés, hasta los que se oponen frontalmente a ella y militan por un “aperturismo universalista” que optimiza y llega a **automatizar** las ventajas del mundo exterior global de un modo un tanto simplificador.

Este enfoque puede suscitar estudios de calado diferente al que me propongo y convoca para ello a diversas disciplinas, en particular a la economía, sin que los aportes de ésta no monopolicen el análisis pues la integración no se reduce a esa visión.

En virtud de lo anterior y para ir aproximándonos al objetivo del presente análisis, es forzoso evocar aquí una diferenciación que siempre hemos sostenido: no cabe confundir la **institucionalidad** con las **instituciones**. **La institucionalidad es respetar los instrumentos constitutivos, para el caso, el Tratado de Asunción, los Protocolos de Ouro Preto y de Olivos, el Protocolo de Ushuaia, el Protocolo del Parlamento MERCOSUR y los demás actos jurídicos derivados y concordantes producidos por los órganos con capacidad decisoria.**

Es, ni más ni menos, el PACTA SUNT SERVANDA (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en vigor, art. 26), VALE DECIR, LA ESENCIA MISMA DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.

Por su parte, las instituciones son las que gestionan y actúan y es a ellas que debemos mirar desde una perspectiva de desarrollo progresivo de su funcionalidad.

3.- En dicho sentido, nos proponemos participar en un “tratamiento intensivo” del MERCOSUR que tome distancia de los enfoques reduccionistas y dogmáticos y pueda así proponer una agenda de ajustes que prepare los mecanismos del organismo para devolverle la condición –hoy ausente-, de una fórmula de entendimiento regional, comprendida y alentada por la opinión pública, necesaria y útil para los Estados y agentes económicos de la región y de fuera de ésta, sobre todo, a la hora de la anunciada reapertura de las negociaciones interregionales con la Unión Europea y las demás que puedan sobrevenir (Pacífico, Asia , entre otras).

Todo lo cual, agregamos, cobra sentido si se trata de un “compromiso que valga la pena” para los Gobiernos de cada uno de los Estados Parte y responda al concreto interés de los agentes económicos en concordancia con el interés general a proteger en cada caso como una parte irrenunciable de una definición de política interna y exterior y, de suyo, valor superior de todo acto reglado dentro de un Estado de Derecho democrático. Esto no supone ignorar las dificultades del proceso de identificación de ese interés general lo que acrece la severidad del mismo en esta materia y en todas las demás.

4.-Reconozco que este enfoque institucionalista podría generar muchos “anticuerpos”- de hecho ya existen -tanto de los “inmovilistas” como de los “rupturistas radicales”. A ambos les responde la historia, la geografía, la geopolítica y sobre todo, la dinámica de la realidad económica, que no se puede desconocer sin más, después de más de treinta años de existencia del MERCOSUR sin sustituto a la vista.

Es dentro de este marco que intentaremos concentrarnos en el tema del título, sin presumir de politólogo o de agudo analista de las relaciones internacionales, sino, en todo caso, de ciudadano preocupado por el destino de la región e integrante en el pasado del elenco responsable.

Siempre- vale recordarlo--, exponemos sobre la “integración social y económica de los Estados Latinoamericanos” como un mandato de la Constitución de la República (Artículo 6) y parte esencial de la identidad del Uruguay. A ambas condiciones nos sometemos desde la esfera del Derecho Internacional y creo que esto no requiere de más explicación, sin obviar que para nosotros la integración es una “alternativa al desarrollo económico” y a la globalización, vista en términos de progreso, desde un “crecer juntos” (Cf.: del autor, Retos y Dificultades de la Integración, Secretaría General de ALADI, 2005).

5.- **En suma:** seguimos creyendo, tal cual lo expresáramos en trabajos anteriores, en “La necesidad de comenzar el proceso de revisión y ajuste de los mecanismos orgánicos y sus competencias en cuanto la realidad lo revele como necesario”, sin que esto pueda asimilarse a inoportunidad, ingenuidad o exceso teórico.

Ciertos casos, verdaderos “*leading cases*”-- que citaremos --, acreditan esa realidad y la necesidad de corregirla mediante la adopción de normas que puedan llegar a transformarla, o al menos, mejorarla.

Compartimos aquí de modo puntual lo que dice Huntington (Samuel P.): “En primer lugar, los estadistas sólo pueden alterar la realidad de forma constructiva si la reconocen y entienden” (“El Choque de Civilizaciones”, Paidós, 1997, pág. 369). Nos permitimos agregar que si bien esta obra abarca una cuestión diferente – en principio, distante de este estudio -- y ha sido en algunos aspectos tergiversada, ha pagado el alto precio provocado por su título (“The Clash of Civilizations”) y criticada por conllevar una simplificación y entrar en lo que en doctrina se ha llamado “lógica de masificación”. Esta se daría al tomar la realidad como “única”, sin detenerse en las divergencias precisas que cada civilización ofrece en su diversidad.

Huntington propone en su libro como un gran tema el de las relaciones entre cultura y poder y es precisamente este binomio el que nos permitimos introducir aquí, pues entendemos que sería aplicable al MERCOSUR.

En efecto, si llegado el caso no identificamos debidamente las razones culturales de su fundación y nos dejamos seducir por una oposición “comercialista” excluyente que prefiere juzgarlo **in totum** para descartarlo - desde la visión del predominio del “poder” de los Estados socios -, sin individualizar de modo preciso las áreas cuestionables, se torna muy difícil elaborar los balances concretos y necesarios para viabilizar un fructífero diálogo de “cultura y valores” a compartir entre los Estados socios como sustento sólido del “interés común”, el que justificara la fundación del MERCOSUR como un “acto político mayor” de la sub-región.

Es ese mismo interés común - concepción económica más visión política-, el que inspirara a Jean Monnet, uno de los “padres fundadores”, negociador pragmático por excelencia, quien a su vez propusiera a Robert Schuman y al canciller alemán Konrad Adenauer la gestión común bajo autoridad independiente, del mercado del carbón y del acero (Plan Schuman, París, 9 de mayo de 1950) y diera paso así al más importante proceso contemporáneo de integración económico-política.

6.-La integración regional - el MERCOSUR es parte de ella - constituye un modo cultural de entender las relaciones entre vecinos, basadas en la convivencia pacífica y civilizada, por lo cual a la hora de juzgar deberíamos recurrir a una pauta comparativa respecto de lo acontecido en otros continentes y levantar así la mirada hacia una construcción regional con base en la cultura y los valores que ello implica como opción civilizatoria basada en una convivencia pacífica.

Nos resulta inimaginable una ruptura violenta de la paz cuando hay entre los Estados compromisos fuertes de integración, notoriamente de comercio, y así lo demuestra la historia reciente.

Esa es la postura que deseáramos hiciera suya el MERCOSUR por encima de los detalles, sin negar que el organismo atraviesa un tiempo de dificultades infinitamente menores de las padecidas por la Europa de post-guerra, época en la que nacieron y crecieron pensamientos como los expuestos, sin olvidar a Sir Winston Churchill, Primer Ministro británico, cuando lanzaba en Zurich, en 1946, su idea de los “Estados Unidos de Europa”, antecedente de lo que sería luego el Consejo de Europa, órgano central del sistema institucional de la actual Unión Europea junto a la Comisión, el Parlamento y la Corte.

7.- Naturalmente, no podríamos desconocer que el proyecto de integración del MERCOSUR, a despecho del hecho político —irrebatible— de su creación, es básicamente comercial, aunque abarque por extensión otros componentes sociales, como tampoco sería posible ignorar que tanto lo comercial como lo institucional presentan disfunciones para las que no contamos con una respuesta sencilla y única. Esto no obsta a seguir imaginando nuevos diseños para este organismo, amplios o específicos, sin olvidar que en los noventa los Estados de esta sub-región retomaron el proceso de integración regional y pueblos y gobiernos, con muchas esperanzas compartidas y decidida voluntad de progreso, confiando al MERCOSUR la construcción de un mejor destino para ello “a la mano” (“imperio histórico-geográfico”), en un territorio rico y diverso pero próximo.

Todo ello, además, con una opinión pública absolutamente favorable que incluía a gobernantes y gobernados unidos por la necesaria dosis de mística propia de todo gran proyecto.

Precisamente, respecto de los gobernados vistos como sujetos de derecho privado, no puedo dejar de mencionar la gran obra en materia de Derecho Internacional Privado llevada a cabo por el MERCOSUR que ha tenido, entre otros, el efecto de aproximar a Brasil a esta codificación y a su influjo a la CIDIP (Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado-OEA), proceso al que hasta entonces el socio mayor había permanecido ajeno a la hora de ratificar las Convenciones.

En cuanto al papel revitalizador del MERCOSUR del modelo de la integración regional, desde un punto de vista estrictamente jurídico y comercial, cabe tener presente la coordinación con los acuerdos ALADI la que tiene por objeto uniformizar el tratamiento preferencial otorgado por MERCOSUR a otros países miembros de aquella. Los Acuerdos con Chile y Bolivia son ejemplo de esto y subrayan el avance del proceso de liberalización del comercio en la región bajo la regla de la multilateralización del llamado “Patrimonio Histórico” de ALADI.

Este Patrimonio, como se recordará, lo configuran los Acuerdos de Complementación Económica Nro. I entre Argentina y Uruguay (CAUCE), el Nro.2 entre Brasil y Uruguay (PEC), así como otros Acuerdos de Alcance Parcial suscritos en el marco de ALADI, sin olvidar el apoyo prestado por la CEPAL y el papel fundacional que le cupo a los dos socios mayores en su Declaración de Fox de Iguazú del 30 de setiembre de 1985.

8.-Se trata, a mi juicio, de tener presente en cualquier caso la “viabilidad global” del organismo sub-regional, lo que Gustavo Magariños (su obra capital: Integración Multinacional, ORT, 2000, y sus dos tomos documentarios publicados por ALADI, 2005), un vocacional de la integración y seguramente el analista uruguayo más profundo y sistemático del tema, llamaba “Intencionalidad Globalista del Programa”, al referirse al Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI), su compatibilidad con las normas GATT-OMC y el Acuerdo Marco con la Unión Europea de 15 de diciembre de 1995.

A estos verdaderos hitos me permitiría añadir el llamado **Rose Garden Agreement** (Washington D.C., junio de 1991), entre los cuatro socios del MERCOSUR -que no tenía aun personería jurídica internacional-, y los Estados Unidos de América, verdadera expresión de reconocimiento internacional del organismo que acababa de ser creado en Asunción tres meses antes.

Todo lo anterior da cuenta de un comportamiento institucional responsable del MERCOSUR en la esfera internacional que relativiza en gran medida el riesgo de un rotundo juicio negativo impuesto desde el arranque por una mirada crítica, propulsada ya por respetables diferencias conceptuales, ya por un “inmediatismo utilitario”, no exento de cierta superficialidad y hasta negativa para ver el tema en profundidad. Así, suele no sopesarse con hondura la complejidad y riqueza del proceso de integración, tanto para formar parte de él y actuar conforme a sus reglas, así como para desvincularse formalmente del mismo, de manera total o parcial.

Estimo que si el objetivo fuere tratar de reconfigurar el mapa económico de nuestro país habrá que incluir como un tema central la política a seguir en el MERCOSUR, sin medias tintas, lugares comunes y prejuicios desarrollados dentro y fuera de la región.

Todo esto, obviamente, siempre que se piense en estos asuntos dentro del marco de las instituciones internacionales de las que formamos parte y no de un pretense axioma (diríase, “dogma”) que comienza por afirmar la inviabilidad natural de la integración regional, la que descarta, para apoyar luego, sin evidencia exhaustiva de los hechos, una idea sobre otra idea, lo que en lógica pura resulta muy próxima al preconceito y hasta al nivel de prejuicio.

9.- A este pretense “edificio lógico”, suele anexársele, también sin una prueba concluyente, el papel sustitutivo del acceso al mercado internacional que reemplazaría con beneficio la integración. De esta manera se coloca a ambos enfoques como opuestos, a nuestro juicio en una “falacia de falsa oposición”, como nos enseña Carlos Vaz Ferreira en su libro “Fermentario”, cuando en realidad la cuestión es aprovechar las oportunidades que los dos escenarios ofrecen, reconociendo la diversidad de naturaleza y ámbito así como el compromiso institucional en vigor.

Es precisamente en el marco de ese compromiso que no me podría abstener de referir aquí, nuevamente y desde ese enfoque institucional, las normas sobre denuncia del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto (arts. 21 y 22

del T.A., y art.50 del POP) las que ordenan que en materia de vigencia y denuncia “regirán como un todo”.

También es de aplicación el art. 17 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 que contempla la posibilidad de los Estados de obligarse respecto de “parte de un tratado”, “cuando el tratado lo permite o los demás Estados contratantes convienen en ello”, hipótesis legales no previstas en los instrumentos constitutivos del MERCOSUR ni adoptadas *a posteriori*.

Naturalmente, son algunos hechos sobrevinientes *in itinere* los que me obligarán luego a remitirme a este comentario.

En momentos en que la comunidad internacional atraviesa turbulencias de pronóstico incierto a escala global, alguna de ellas de verdadera crisis de la paz guerra **religiosa** mediante e inmensas masas humanas sin destino, es preciso preservar los acuerdos alcanzados, bilaterales y multilaterales, sin una mirada de corto plazo, sino como la materialización de un modelo asociativo de esta comarca que cuenta, además, con ricos antecedentes históricos y que desde su singularidad sigue teniendo por objetivo conquistar un desarrollo compartido sin renunciar a la identidad propia de cada pueblo y Estado.

10.- Se ha dicho en estas horas que ciertos procesos electorales internos en curso en países socios del MERCOSUR (Argentina con la elección de Presidente y Venezuela con elecciones parlamentarias), podrían ser un factor propicio para promover ciertos ajustes en el organismo regional. Se aduce que los Gobiernos podrían superar un cierto desgaste de sus relaciones políticas y ello favorecería tener una mirada diferente de la región con una mayor profundidad acerca del presente y futuro del acuerdo y hasta de los posibles cambios a introducir.

Esos cambios, en una hipótesis de máxima, podrían alcanzar los instrumentos básicos (TA – POP- OLIVOS) y en una de mínima, se trataría de controlar y corregir las “desviaciones” e ilegalidades de las Administraciones con la revisión de ciertas nuevas competencias orgánicas que podrían ser asignadas a los cuerpos actuales sin que fuese necesario agregar otras piezas al sistema institucional en su conjunto.

Este recato se fundamenta también en el orden de prioridades que la actual situación internacional y su repercusión en los Estados Parte exige de cada uno de los Gobiernos, las que deben ser atendidas antes de ocuparse de mejorar los instrumentos de integración económica. Los problemas más acuciantes, se dice, son los internos y estos no son los de la integración y menos todavía los institucionales, fuere del MERCOSUR u otros organismos. Empero, a mi juicio las acciones para ser efectivas deberían ser concurrentes y no aisladas.

Así, en esa línea de prudencia sugerida se nos dice que el MERCOSUR no ocupa un sitio de prevalencia en los planes de trabajo de los Gobiernos sino que sería apenas un *ítem* más en el “orden del día”, que figura allí más “para cumplir” que para la toma de decisiones trascendentes. De todo lo cual se infiere claramente un disuasivo discurso “editorial” que concluiría alejando al organismo de los

primeros planos de la preocupación pública, por ende los Gobiernos, y así se iría “licuando” la relación de “tensión de la norma con la realidad”, como describía magistralmente Hans Kelsen las relaciones del Derecho con el fenómeno regulado.

11.-Desde un gran respeto por quienes aconsejan una actitud de cautela sostengo con no menor convicción, que el MERCOSUR sigue funcionando y está en vigor, pero requiere subsanar notorias insuficiencias institucionales que esa misma realidad ha puesto de relieve en hechos muy recientes. Esta situación actual es la que ha despejado totalmente algunas dudas acerca de la oportunidad y conveniencia de abrir este análisis institucional.

Los efectos de una incipiente crisis económica externa o al menos de una indiscutible desaceleración, han llevado de nuevo la mirada hacia el MERCOSUR y se ha puesto en medida su participación en la inserción comercial externa sacudida por el ausentismo de ciertos grandes mercados.

Este tópico recibe el aporte de los economistas y expertos del comercio exterior; por nuestra parte contribuimos al “sinceramiento” (término en boga que sucede a “relanzamiento”, desgastado por falta de materialización), al identificar como jurista ciertas patologías que deben ser tratadas si, como todo indica, el MERCOSUR sobrevivirá pese a todo. Salvo, naturalmente, que se decida lo contrario y se resuelva su extinción, por acción u omisión de sus socios, actitud que no visualizo en el horizonte.

A la Economía Política le corresponde un importante papel en un enfoque mayor del MERCOSUR pues creemos que esta suerte de “onda negativa” requiere de un análisis objetivo más amplio y objetivo, con base técnica aceptada y así dejar de ser el puro reflejo de una concepción económica determinante, tanto sea la que lo condena como la que lo absuelve.

En rigor, se trata, sencillamente, de aplicarle al MERCOSUR la regla del debido proceso: oír, examinar, evaluar, todo antes de “dictar sentencia”.

Sobre el particular es preciso advertir también algunas situaciones al interior de los Estados Parte que han llevado a sus autoridades a explicitar su preocupación acerca del destino mismo del MERCOSUR y de las opciones a tomar dentro de él, como parte de una corriente expansiva a la que no ha estado ajeno nuestro propio país, donde personas de acreditado mérito han hecho pública esta oposición e impulsado la propuesta de recuperar posibilidades de negociación comercial con terceros mercados fuera del MERCOSUR, visto como un verdadero obstáculo por la necesidad del consenso previo de los socios, visto hoy como una suerte de derecho de veto por motivos exógenos al propio MERCOSUR. Esto conlleva la crítica al consenso, otrora considerado como la garantía mayor para los socios pequeños, lo cual demuestra el carácter coyuntural de algunos de esos enfoques.

En este cuadro de situación se inscribe el muy reciente anuncio -luego rectificado- en los medios nacionales e internacionales, de una eventual

decisión del socio mayor - Brasil - para dejar el MERCOSUR, al menos en su nivel de Unión Aduanera y por esta vía remover el Arancel Externo Común, visto como un obstáculo a la apertura de negociaciones comerciales internacionales con terceros Estados y organizaciones como la Unión Europea, reclamada de modo persistente por los agentes económicos y en especial por las más fuertes corporaciones industriales, muchas de ellas multinacionales interesadas en extender el mercado propio y “proteger” sus cadenas de valor con un acceso libre a los insumos y partes con el consiguiente efecto positivo sobre el nivel de exportaciones y puestos de trabajo.

12.- Se impone precisar que no se trata de reflexionar en solitario “sobre el papel” el que, según se dice, “todo lo resiste”, sino considerar una institución que mantiene sus “signos vitales” de lo que dan cuenta por sí mismas las cifras de comercio especialmente elocuentes en el caso de Uruguay-Brasil.

Vale decir: escribo sobre la realidad de un MERCOSUR que estaría atravesando una verdadera “crisis existencial”, como lo reconocíamos en algún momento de crispación y que hoy calificaríamos con mayor distancia y ponderación, como **“crisis de identidad” y “disminución de autoestima institucional”**.

Esto último tiene mucho que ver no sólo con los resultados económicos sino con la aceptación social del instrumento MERCOSUR y su progresiva ausencia del imaginario uruguayo - que no podría desconocer -, como una solución a sus problemas, de los que en la versión extrema, se alega con exageración que el causante sería precisamente el propio MERCOSUR.

Esta realidad nos muestra que el contenido de ese difundido anuncio de origen parlamentario, propuesto en el marco de las dificultades de Brasil, daba cuenta del “retiro” del socio mayor, el que fue rápidamente rectificado por la autoridad competente, con lo cual si bien se descartó la opción formal antes comentada, el hecho puso de manifiesto la insatisfacción de importantes sectores económicos y partidos políticos de Brasil y, acaso lo más importante, que el tema está sobre la mesa y que le importa, sin duda alguna, a los socios del MERCOSUR prácticamente sin excepción.

Lo anterior muestra una variación importante en el discurso brasileño respecto del MERCOSUR el que hoy no serviría a su inserción comercial externa ni tampoco colmaría un liderazgo regional sin mayor eco y debilitado por factores internos y externos. Habría llegado, pues, el momento de producir cambios y de ahí este moderado aporte.

A modo de reflexión adicional sobre el asunto de la denuncia parcial cabe indicar que no ha sido objeto de previsión alguna en los instrumentos constitutivos del MERCOSUR. (Ver Introito i). En su abono podría alegarse de un modo un tanto lineal que si un Estado puede “lo más”, o sea denunciar el T.A. y el POP, podría hacer lo menos como sería abandonar la Unión Aduanera o sea dejar de lado el Arancel Externo Común, su rasgo definidor, y de esta manera negociar con terceros sin esa limitación.

Este argumento no es de recibo pues la denuncia del TA y el POP ha sido prevista como algo indisoluble como ya lo adelantamos y no se ha prestado el consentimiento de los Estados asociados desde que no se ha utilizado el mecanismo previsto en el ya citado art.17 de la C. de Viena. Esto no clausura la posibilidad de ensayar acuerdos político-diplomáticos que pudieren obviar la aplicación de ese dispositivo convencional aunque según estimo existen fórmulas más prácticas y políticamente menos complejas como lo sería la reforma del TA y del POP.

La naturaleza intergubernamental del MERCOSUR podría favorecer un ámbito de “**flexibilidad**” (**vocablo también de uso corriente para negociar y así sortear la falta de acuerdos más profundos y severos**), la que podría abarcar los acuerdos ya alcanzados y vigentes, así como otros futuros.

Estos últimos podrían llevar a los socios a negociar fórmulas amigables y compartidas, que actualicen sus intereses y derechos y eviten con ello la adopción de medidas de “cirugía mayor”, las que pudieren afectar la esencia misma del compromiso integracionista con todos los efectos que esto produciría en el preciso momento en que se reabren espacios de negociación externa inter-institucional.

Estimamos que el MERCOSUR responde a una configuración de los espacios regionales difícilmente alterable en las actuales circunstancias, por lo cual creemos que habría que utilizar otros medios disponibles menos traumáticos.

En efecto, la eventual flexibilización de la Dec.32/00 y concordantes del Consejo Mercosur y a su amparo la aprobación de una licencia tipo “waiver” –transitorio o sin término fijo-, no sería descartable desde un punto de vista económico-comercial, conciliable con un criterio político-diplomático utilizado en el pasado y que sirve de precedente, por ej. el “waiver” a Argentina relativo a la Tasa Arancelaria Consular en plena crisis de los dos mil.

De este modo se acreditaría a un mismo tiempo, “sinceramiento” y “flexibilización”.

13.- Reconocemos la complejidad del cuadro descripto; sin embargo, reafirmamos que ha llegado el momento de tratar estos temas pues coincidimos en que las etapas de crisis suelen ser también de oportunidades. Con esta visión, si bien advertimos de manera expresa la diferencia entre **consolidación y profundización** del MERCOSUR, ello no nos obliga a divorciar ambos conceptos sino a verlos como fórmulas concurrentes con un mismo propósito al punto de advertir que no habrá la una sin la otra.

En dicho sentido, me remito una vez más a la realidad: el MERCOSUR ha crecido en el número de sus Protocolos al tiempo que no muestra hoy un cabal cumplimiento de sus instrumentos y objetivos básicos, acaso porque no se han calibrado debidamente las necesidades y los tiempos, siempre fundamentales en política interna e internacional, tanto de los Estados como de las organizaciones

Este es nada más que un “intento” sobre una base fáctica-normativa, sin la ambición de un “ensayo” (sinónimo demasiado generoso en el caso) destinado a introducir en el debate sobre el MERCOSUR, ineludible a mi juicio, ciertos temas institucionales que sólo se ponen de manifiesto cuando se plantean situaciones críticas que alcanzan notoriedad en los medios.

Ciertos hechos relevantes

16.- En un pasado no muy distante, en materia de comercio de **bienes** expresamos nuestro desacuerdo con la exigencia de licencias de importación no automáticas por un Estado Parte (Argentina) para el ingreso de ciertos electrodomésticos provenientes de otro Estado Parte, así como también otras medidas unilaterales y discrecionales de restricción de importaciones ampliamente conocidas por todos, trabas diversas a la actividad turística uruguaya, etc.

En la actualidad es indispensable hacer referencia en materia de **servicios** a otras medidas unilaterales en razón de su actualidad y de los perjuicios ocasionados. Tal es el caso de los puertos uruguayos y el transporte marítimo con proposiciones de reserva de carga impuestas a Uruguay por acto unilateral de la Rpca. Argentina (ADJ 128/13 Disposición 1108/2013 de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables) que sólo beneficia a los países que cuentan con su propia flota para el transporte marítimo internacional.

Deja así fuera a Uruguay a las que se agregan prohibiciones de trasbordo en nuestros puertos y violentan de este modo la condición de puerto abierto y *hub* del puerto de Montevideo. Este tipo de actos adoptados fuera de los órganos del MERCOSUR ejemplifica el descaecimiento del compromiso integracionista, la violación de los Tratados y Protocolos, de las decisiones de los órganos competentes y desconocimiento de las reglas de procedimiento de negociación y aprobación por consenso con la obligatoriedad consiguiente para todos los Estados Partes.

Este apartamiento discriminatorio abarca al mismo Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo del 19.11.73 (Cap. IV sobre Facilidades Portuarias, Alijos y Complementos de Cargas, en especial el art. 27 que ordena darle “la mayor eficacia a posible a sus servicios portuarios”); al Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios del MERCOSUR (CMC /DEC.13/97); al Tratado de Montevideo (ALADI, 1980) por ser el MERCOSUR el Acuerdo de Alcance Parcial 18, así como también desconoce la condición legal del Puerto de Montevideo como Puerto Libre y la calidad comercial de puerto HUB (puerto concentrador), conceptos de recibo universal tanto por fuentes éticas como extra-éticas.

Cabría avanzar aquí que estas situaciones no son imputables directamente a los órganos del MERCOSUR sino a las administraciones de los Estados Parte y en este caso específico a funcionarios de rango medio de uno de ellos amparado por la conformidad del superior.

Dicho lo que antecede paso a relevar a modo de gui3n las etapas “constitucionales” del MERCOSUR con la mirada puesta en la “reconstrucci3n del proceso integracionista “(Roberto Bouza, Rio de Janeiro, julio del 2005 – Mecosur: Regional Governance, Asimetrías e Integraci3n Profunda, espec.parrs.6- Seminario del BID).

En mi caso particular llevo la atenci3n sobre el art.47 del POP en cuanto ha previsto la posibilidad de revisar “la estructura institucional del MERCOSUR”, as3 como “las atribuciones espec3ficas de cada uno de sus3rganos”. Esta disposici3n legitima, pues, el posible debate sobre el tema a estudio, que hoy retomamos m3s all3 de la oportunidad y realismo que hemos reconocido como puntos opinables.

Nuestro organismo regional ha pasado por diferentes estadios; de ellos destaco los constitutivos y los subsiguientes m3s relevantes.

Las etapas institucionales b3sicas y antecedentes

17.- Al exponerlas evoco la expresi3n ***El Hilo Conductor*** que patentizara con su libro el Dr. Sergio Abreu porque en rigor lo que pretendo en esta parte es adoptar esa idea en cuanto le aporta a la exposici3n de este punto un marco conceptual unificador ; tampoco podr3amos dejar de mencionar al distinguido colega argentino Dr. F3lix Pe3a por su valioso y permanente aporte como un experto indiscutido en esta materia, autor de m3ltiples estudios y que a trav3s de sus ineludibles Newsletter mensuales, nos ense3a y traslada una visi3n fundada y actualizada de gran valor que van desde, por ejemplo, su pregunta: “¿Qu3 se puede aprender de la experiencia acumulada por el Mercosur ?” (Febrero 2012). De all3 hasta su m3s reciente contribuci3n al tema de los “Encadenamientos productivos transnacionales” (junio 2015), sin omitir su propuesta de “Convergencia en la diversidad” cuando aborda el sensible asunto de la relaci3n entre MERCOSUR y ALIANZA DEL PAC3FICO y el papel que podr3an ocupar los “emprendimientos conjuntos” y la “articulaci3n productiva” entre pa3ses de la regi3n atendiendo la creciente demanda de “bienes y servicios diferenciados” (agosto 2015).

Estudios recientes publicados por el CURI como el del Prof. Dr. Jorge E. Fern3ndez Reyes titulado El “Relacionamiento Externo” del MERCOSUR; el de Washington Dur3n sobre El Acuerdo de Libre Comercio entre el MERCOSUR y la Uni3n Europea – Antecedentes y Perspectivas; el del Prof. Dr. Heber Arbuet Vignali, autor de varios interesantes estudios de los que cito por su relaci3n con el presente an3lisis el elaborado en coautor3a con el Prof. Daniel Vignali Giovanetti el titulado LAUDO NRO.01/2012 DEL T.P.R. – “Un vac3o imposible de llenar”–Octubre 2012 (CURI), as3 como otros que me eximo de citar, constituyen contribuciones oportunas e imprescindibles para el tema bajo consideraci3n, como lo es en cuanto al TISA el muy reciente estudio del Dr. Sergio Abreu (“Reflexiones sobre el TISA” – CURI).

Estas menciones tratan de hacer justicia a una tarea del CURI a la que reconozco la mayor trascendencia como es la difusi3n de estudios de expertos

en materia internacional sobre temas de actualidad e interés para el país y la región.

En suma: con el riesgo asumido de retomar desarrollos bien conocidos por el lector, es preciso dar cuenta de esa secuencia para mostrar al MERCOSUR como un organismo que no nació en un solo acto sino que su conformación ha sido progresiva, de ahí sus idas y venidas, y por tanto de lo que se trataría ahora sería retomar esa secuencia.

18.- La **primera** etapa (de rango constitutivo), intergubernamental por definición -Tratado de Asunción 91 y Protocolo de Ouro Preto 94-, verdaderos instrumentos fundacionales, expresivos de una clara voluntad política, multilateral por su forma e intergubernamental por su naturaleza, propia del laborioso retorno democrático, por una parte, y del empeño solidario de los Presidentes de los cuatro países fundadores como garantes de la voluntad política de una integración sub-regional progresiva, por la otra, con la ampliación del mercado como un capítulo mayor del estrechamiento de los vínculos de las democracias recuperadas.

Cabría anotar que la llamada **“diplomacia presidencial”** tiene aquí un antecedente fundamental que es imperativo reconocer porque ha sido un factor determinante y mérito histórico de los Jefes de Estado, y luego, en términos actuales, el sucedáneo forzoso de un funcionamiento orgánico insuficiente que no ha logrado plasmar una identidad institucional vigorosa y confiable a la hora de fijar la dirección y objetivos del MERCOSUR.

Las propias Cumbres del MERCOSUR otrora generaban un hecho político trascendente y hoy ya no es así y si bien este no es en puridad un tema sólo institucional ilustra bastante sobre la pérdida de relieve del organismo a nivel de la opinión pública y de los equipos de gobierno.

Estimo que a ello ha contribuido en su medida la creación de la UNASUR, que a despecho de naturaleza de órgano esencialmente político ejerce en los actuales momentos un cierto fuero de atracción sobre los demás escenarios diplomáticos regionales incluida la propia OEA, organismo hemisférico por definición.

En otros momentos del MERCOSUR había un sólido compromiso con el fortalecimiento institucional – opinión puramente personal – por lo cual ante una situación como la que ha vivido y vive todavía la región, se habría convocado una Cumbre y Sesión Extraordinaria del Consejo MERCOSUR. Cabría pensar legítimamente que el MERCOSUR no cuenta hoy con el respaldo necesario de los Gobiernos al no reconocerlo como el ámbito adecuado para considerar los temas económicos internacionales de mayor envergadura (China con su “Regional Economic Partnership”, la Alianza Pacífico, el “Trans-Pacific Partnership (TPP), etc.) que afectan a los países de la región en los cuales –no todos- domina aun su visión actual del uso político del instrumento MERCOSUR con fines de alineamiento ideológico como quedara de relieve en el caso Paraguay-Venezuela, al que nos volveremos a referir como fundamento de una de nuestras proposiciones.

Procede igualmente evocar a esta altura ciertos **antecedentes** que revelan una situación muy diferente. Así, la firma del Acta de Buenos Aires (6/7/1990) que puso fin a una dificultosa negociación político-diplomática que habilitó el ingreso de Uruguay al proceso de acuerdos entre Argentina y Brasil, luego de Paraguay, removiéndose los obstáculos convencionales que lo impedían, o sea el Tratado Argentino-Brasileño de Integración, Cooperación y Desarrollo de 1988 que postergaba por cinco años la adhesión de cualquier otro Estado Miembro de la ALADI.

Finalmente, el MERCOSUR sería el ACP Nro. 18 - Acuerdo de Alcance Parcial suscrito en el marco del Tratado de 1980 de ALADI, Sección Tercera- arts.7 a 14.

19.- La **segunda** etapa muestra un claro predominio de la visión económica como objeto central del acuerdo, con especial acento en lo comercial, y opera sobre la base de una Zona de Libre Comercio (libre circulación de bienes, servicios y factores productivos) como verdadero epicentro del modelo adoptado en Asunción.

En el horizonte muy lejano, casi como una “utopía”, aparece el Mercado Común, hasta ahora sólo consagrado en la doctrina latinoamericana como una instancia imaginaria y distante del actual curso integracionista.

20.-La **tercera** (que G. Magariños identificaba como “**Mercosur Económico**”), acaso sea el último paso trascendente en la definición de ese modelo de MERCOSUR, con la adopción de un Arancel Externo Común en Ouro Preto, como instrumento de una Unión Aduanera que pasados ya más de veinte años no llega a perfeccionarse en tanto subsiste una extensa Lista de Excepciones, Código Aduanero que no ha entrado en vigor, trabas arancelarias y no arancelarias al comercio tanto de bienes como de servicios, etc., soportadas no sin cierta “resignación” ante la falta de una política comercial común y , particularmente, de mecanismos capaces de construirla.

Procede citar aquí un reciente trabajo de Jorge Fernández Reyes titulado “El Relacionamiento Externo del Mercosur” (CURI, febrero 2015), en el que afirma que el MERCOSUR al no conformar una Unión Aduanera “perfecta” o “completa”, “no le es exigible” a los Estados Miembros una política comercial común, con todas las derivaciones que implica seguir dentro del “período de transición” (art.4 TA), entre ellas las de facultarlos a un relacionamiento externo individual, sujeto a las condiciones – dice el autor citado-, del art.8 del TA.

Fernández Reyes, experto en el tema, abona la tesis del MERCOSUR como “un proceso de carácter evolutivo y que existe un período de transición hasta la consecución del objetivo final (i.e. la conformación del Mercado Común” (op.cit.ps.10 y 11). Recordamos por nuestra parte que el “intento” de revisar ciertos aspectos institucionales se inscribe en esa visión evolutiva que compartimos con el precitado especialista.

A lo anterior cabría agregar que en Brasil expertos muy reconocidos como Vera Thorstensen (coautora) con la mirada puesta en los acuerdos macro TTIP y TPP ha calificado al MERCOSUR como “una camisa de fuerza” para las negociaciones de su país para afirmar luego en una de sus conclusiones que “el cuadro jurídico del MERCOSUR debe ser repensado y flexibilizado para que el país aproveche el actual momento económico” (trad. propia, Boletim de Economia e Política Nro. 16, enero-abril 2014).

Entre nosotros son destacables y de gran utilidad los aportes hechos por Ignacio Bartesaghi Hierro en su reciente libro titulado “La Estrategia Comercial de Estados Unidos y la Unión Europea con América Latina: Impactos para el MERCOSUR”, ed.Unic.Católica del Uruguay-Grupo Magreo Editores, 2015, del que destaco el capítulo destinado a “Las negociaciones entre el Mercosur y la Unión Europea”, espec.págs.396.404. Esta obra –en cuya presentación participamos el Prof. Sergio Abreu, el Prof. Gerardo Caetano y nosotros-, diferencia netamente los dos escenarios y los factores que impulsan una y otra.

Registra interés recordar aquí algunos trabajos preparatorios emprendidos por las Cancillerías de los Estados Parte destinados a la Cumbre de Ouro Preto I, en el caso de Uruguay con la participación activa del Ministerio de Economía en cuyo ámbito se coordinaran trabajos como lo fuera, por ejemplo, el destinado a los “Obstáculos Constitucionales al proceso de Integración”. Cuestión ésta que mantiene vigencia para países como Brasil y Uruguay que no han *aggiornado* el texto constitucional.

21.- Una **cuarta** etapa de consolidación institucional se da con la adopción en Ouro Preto del POP de una organicidad cuasi completa que reconoce la personería jurídica internacional del MERCOSUR, dotándole de un sistema orgánico para su funcionamiento que básicamente sigue siendo el actual, con sus Protocolos. El POP consagra una clara atribución de competencias a cada uno de los órganos, sin un reconocimiento explícito –acaso innecesario- del principio de jerarquía normativa como efecto de una visión esencialmente gubernamental, celosa en la reserva de “libertades” no regladas bajo la regla de un cuerpo normativo “no comunitario”.

Así por ej., se explica la negativa al reconocimiento de la iniciativa técnica de la Secretaría y las barreras formales al propio Consejo al que se mediatiza por la vía de la “internación” de las normas. Si bien esta fórmula es parte de las “reglas de juego” del MERCOSUR, el alto porcentaje de normas no “internalizadas” es muy elocuente en cuanto a la defección de voluntad de los Estados Parte, llegando a tipificar un posible apartamiento de la Convención de Viena de 1969 de D.de los Tratados que en el art.18 establece su “Obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor”.

Aun reconociendo las diferenciaciones y los matices que el tema demanda, constituye un punto de interés que hemos estudiado con anterioridad pero sobre el cual deberemos volver fuera del presente trabajo pues resulta realmente contradictorio que tras el acuerdo vía Decisión, Resolución o Directiva, estas reglas sean consideradas apenas una “promesa”.

Mercosur Político y Mercosur Económico – ¿Opciones o Exclusiones?

22.- Al referirnos a la Unión Aduanera como “imperfecta” o “cuasi completa” cabe tener presente en cuanto al MERCOSUR mismo algunos rasgos:

primero, no se cuenta con una definición expresa acerca del acuerdo, esto es, “si el instrumento integrador será político o económico” (más allá de las opiniones doctrinarias) ya que de ello dependerá el carácter de los temas a tratar y resolver, tal cual lo plantea el Ex Presidente de Chile Ricardo Lagos (Conferencia en Montevideo, 17 de noviembre de 2006);

segundo, es notorio, además, el recorte de la libertad individual de los Estados para alcanzar acuerdos con terceros y esto constituye por sí una restricción política aunque obedezca a un compromiso de tipo comercial;

tercero, conforme a una visión esencialmente gubernamental es muy reducido el espacio institucional propio de los agentes económicos privados lo que incluye también las restricciones para el acceso al sistema de solución de controversias, de manera consistente con una mirada excesivamente gubernamental máxime si se tiene presente que la actuación de los agentes económicos privados y su seguridad jurídica, resulta fundamental para el éxito de la integración.

La solución de controversias y el Protocolo de Olivos – Una buena noticia con luces y sombras

23.-En OP se confirma un régimen provisional de solución arbitral de controversias (Protocolo de Brasilia, 1992) al que sucederá –también provisional- el llamado Protocolo de Olivos (Olivos, 2002) --actualmente en vigor con su Protocolo Modificadorio de enero 2007 y sus disposiciones reglamentarias CMC NO.37/03 y CMC Nro. 23/04 para los casos excepcionales de urgencia, a lo que se agrega la CMC Nro. 02/07 que regula el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al TPR por los Tribunales de Justicia de los Estados.

El llamado PO constituye un avance significativo en el sistema de solución de controversias en cuanto se establece un sistema arbitral de doble instancia, créase un nuevo órgano, el Tribunal Permanente de Revisión (TPR); la primera instancia con los árbitros ad-hoc (trata de “hechos” y “derecho”) y la segunda, llamada de revisión, en realidad de casación, pues sólo se “revisa” el derecho.

Esta doble instancia, de escaso recibo en la jurisdicción arbitral internacional, configura por sí misma una solución garantista a falta de un tribunal judicial superior. La fórmula procesal se amplía con el instituto de la Opinión Consultiva -sobre la cual volveremos-, aunque al negarle fuerza vinculante, como propusiéramos, ha perdido gran parte del objetivo preventivo y/o disuasivo en la solución de controversias.

A esta altura me permitiré evocar una vez más un dato histórico y derivar de él una muy respetuosa puntualización. En efecto, el llamado Protocolo de Olivos fue absolutamente consensuado con anterioridad a la Cumbre de Presidentes y Sesión Ordinaria del Consejo Mercosur en Montevideo (Presidencia pro-tempore de Uruguay) a fines de diciembre de 2001, estando pronto para ser firmado en esa ocasión pero debido a los dramáticos hechos acaecidos en la República Argentina su Gobierno se viera impedido de participar, por lo cual, superada la crisis institucional del país hermano, se acordó diferir su firma a febrero de 2002 en sesión especial cumplida en Olivos, Buenos Aires. Quizás, por tanto, haciendo justicia al trabajo realizado y a modo de expresión solidaria pudo el Protocolo titularse de MONTEVIDEO-OLIVOS, como la más elocuente muestra de continuidad institucional y de reconocimiento del trabajo realizado.

Las trabas a los particulares en el acceso a la justicia arbitral y la inconsistencia de los mecanismos para el efectivo cumplimiento de los laudos, hace parte del pasivo del PO; dentro de éste también señalamos como un simbolismo un tanto irreal la previsión del art.19 relativo a la denominada “Disponibilidad Permanente” de los árbitros, que no está acompañada de un régimen de igual disponibilidad del propio TPR, como “ventanilla” abierta de modo permanente ni tampoco, por cierto, de un presupuesto acorde al antedicho deber de los árbitros. Destaco, en cualquier caso, la labor positiva de la Secretaría del TPR y el apoyo de Paraguay como país sede.

Reforzamiento de la Secretaría

24.- Asimismo, y dentro de lo que llamaríamos el capítulo del **reforzamiento** de la gestión, anotamos la evolución de la Secretaría Administrativa hacia una Secretaría Técnica al servicio de todos los órganos del MERCOSUR (excepto el TPR), por iniciativa de Uruguay con la respectiva propuesta presentada a nivel ministerial en la XV Reunión del Consejo Mercosur, Río de Janeiro, diciembre 1998 , acompañada luego con cambios por Argentina (que presentara una propuesta de alcance más amplio) y Brasil . No prosperó entonces, se reitera, la idea de dotarla del derecho de iniciativa técnica y facultades de asesoramiento a los Estados Partes, lo cual, a nuestro juicio es una restricción inconveniente para el mejoramiento de la calidad de los actos. A menos, claro, que también se viera en ello, erróneamente, un pergeño de “supranacionalidad”.

En definitiva, el MERCOSUR cuenta hoy con una Secretaría que dejó de ser Administrativa y dispone hoy de un Sector Técnico bien definido aunque le falte todavía el sostén de personal en el número necesario para reforzar la importante tarea secretarial y técnica que cumplen hoy sus bien calificados especialistas.

Me permito destacar que entre las funciones de la Secretaría se incluía en proyecto de Uruguay la de asesorar sobre “la aplicación e interpretación de las normas emanadas del Mercosur y los efectos de las medidas adoptadas por los Estados Partes en la aplicación de los compromisos celebrados en el MERCOSUR”. Sobre este concepto reposa una de las proposiciones con las que cerraremos este artículo aunque adjudicando esa competencia a un órgano no secretarial, como veremos luego.

Para una mayor precisión cabe indicar que por Res.No.01/03 el Grupo Mercado Común le dio aprobación a la Estructura y Funcionamiento de la Secretaría del Mercosur, la que deroga las anteriores (GMC No.94/00 y 15/02) e incorpora el ya citado “Sector de Asesoría Técnica” que participa en la **coordinación** de trabajos de los órganos decisorios del MERCOSUR, competencia a la que atribuyo especial relieve.

Sin perjuicio de lo anterior creemos que en una eventual y posible Revisión Institucional del MERCOSUR debería prestarse especial atención a una **redefinición** de las funciones de la Secretaría como órgano permanente y signo exterior indispensable en cualquier organismo internacional. Esto conlleva examinar aspectos tales como su estructura, competencia, composición, colaboración técnica en el proceso de incorporación de la normativa MERCOSUR, etc.

Ouro Preto II - ¿Relanzamiento o Revisión FRUSTRADA?

25.- A título de **antecedente** procede recordar el papel que en este proceso le cupiera al auto denominado “Relanzamiento del Mercosur” en el XVIII Consejo Mercosur, Buenos Aires, junio 2002 y en el XIX Consejo, Florianópolis, diciembre 2002, en cuya amplia agenda aparecían los temas comerciales como Acceso al Mercado, el Arancel Externo Común y los de carácter institucional como la Solución de Controversias, el Fortalecimiento Institucional del Mercosur y las Nuevas Instituciones.

Una agenda ambiciosa, sin duda, cuya implementación se viera afectada por la crisis político - económica que ya despuntaba en el 2001 en los diferentes países socios del MERCOSUR, pero que en todo caso evidencia una plausible preocupación del organismo por trabajar sobre temas de esa naturaleza en una línea que hoy habría que recuperar.

Cabe relevar por su significado el **proyectado OURO PRETO II** (2004) que si bien no prosperara, configuró un trabajo preparatorio en una dirección afín a la que expresamos en este comentario. A esto cabe añadir a modo de simple información la creación en ese tiempo por necesidades coyunturales de la figura de la Presidencia de la Comisión de Representantes Permanentes (CRPM, 2004) y más recientemente en su reemplazo, la del Alto Representante del MERCOSUR (2010), cargo rotativo con duración de tres años.

A ambos se le atribuyeron cometidos específicos que en los comienzos y con el fin de elevar su perfil fueron confiados a una figura política (Ex Presidente Eduardo Duhalde), y posteriormente la figura del Alto Representante se llenó con experimentados actores del MERCOSUR y esa es la fórmula actual.

En ambos casos este esquema puede aparejar una cierta superposición de tareas con la Dirección de la Secretaría del MERCOSUR y, acaso lo más sensible y difícil de resolver en los hechos, afectar la representación de este organismo intergubernamental que si bien en el marco normativo del POP corresponde al Consejo Mercosur como “órgano superior” (art.3) – y así fue reclamado por

algún Estado Miembro -, en razón de la periodicidad y lugar rotativo de sus reuniones, no se halla disponible en Montevideo que al ser la sede de la Secretaría, órgano permanente, se torna de hecho sede del MERCOSUR .

En cuanto al citado proyecto Ouro Preto II, fue el producto de un Grupo de Trabajo cuyas tareas se cumplieron en los últimos meses del 2004, proponiéndose una serie de cambios en el articulado (Argentina presentó un Proyecto completo) que – en lo esencial –, procuraba la incorporación a la estructura orgánica del Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), la Comisión de Representantes Permanentes ante el MERCOSUR (CRPM), el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), que previera el P.de Olivos, así como el Tribunal Administrativo Laboral.

Cabe tener presente que se sometió a dicho Grupo una propuesta para incluir el FCCP entre los órganos con capacidad decisoria (art. 2 POP), teniendo sus Resoluciones “rango de “fuente jurídica” del MERCOSUR. (Art. 41 POP) y atribuyéndole facultad de iniciativa.

Una interpretación: ¿posible o audaz?

26.- Me permito aventurar un juicio sin otra evidencia que la que expresa el *nomen juris* del órgano propuesto: en ese FCCP estaría el origen de la idea de lo que sería más tarde la Comunidad Sudamericana de Naciones, luego la UNASUR y por último la CELAC, todas creaciones fuera del MERCOSUR, como entidades de diálogo político de base geográfica y geopolítica las dos primeras, y alternativa a la OEA la última, aunque sin ámbito hemisférico y sin las facultades e instrumentos jurídicos de ésta.

En todos esos casos ***ab initio*** se trata de contar con instituciones políticas que respondan a un encare de fuerte sesgo ideológico común, como elemento unificador de alianzas estratégicas situadas por encima de otros compromisos institucionales jurídico-políticos, de manera a mi juicio no siempre compatible con un auténtico proceso de integración, desde que va mucho más allá de los fundamentos y coincidencias que habilitaron la creación del MERCOSUR y la ratificación parlamentaria de sus instrumentos centrales.

Estos últimos desarrollos no han suscitado un debate público suficiente y constituyen más un producto endógeno (“Dinámica de los pequeños Grupos”, mediante) que no cuenta en consecuencia con una sólida y consolidada base de opinión pública, como tuviere el MERCOSUR en 1991, lo que explica las sucesivas creaciones.

Cultura de la integración y Poder – necesidad de convergencia-

27.-Nuevamente cobra significado la necesaria convergencia de cultura y poder lo que nos lleva a reiterar un concepto: “no es buena cosa mezclar una sobredosis de ideología con integración”, lo cual no implica vaciar de ideas ni de concepción político-económica el modelo, ni mucho menos. Sólo se trata de asignarle una naturaleza superior y una estabilidad filosófica política que no

dependa del signo político dominante de los Gobiernos, sino de la profundidad y estabilidad del compromiso contraído y por ende de los espacios, derechos e intereses compartidos por los diferentes Estados de la región.

Lo anterior no equivale a descartar en modo alguno la influencia y poder de los enfoques sectoriales, económicos o políticos, propios de los intereses materiales en juego, así como tampoco ignorar el necesario patrocinio institucional del Estado no siempre disponible pero nunca renunciable dada la naturaleza del MERCOSUR. Se trata, en rigor, de una cuestión de la identidad misma a la que no se pueden sustraer ni Estados ni organizaciones y por lo tanto el MERCOSUR como tal deberá atender el tema con miras de perfeccionamiento.

Registra interés indicar con relación al ejercicio del proyecto OURO PRETO II i que se llegó a elaborar otro Protocolo Adicional al Tratado de Asunción por el que se reafirmaban “los principios y objetivos” del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto I, aunque no limitándose solamente a ello.

Así, es importante subrayar que en esa instancia cumplida a fines del 2004, las propuestas de revisión del MERCOSUR presentadas por los negociadores fueron múltiples y desde entonces no se ha convocado a nivel de Cumbre un ejercicio similar en cuanto a su ambición, objetivos y alcances. Esto nos permite afirmar que tras veinte años el único instrumento relevante en lo institucional ha sido el Protocolo del Parlamento del MERCOSUR (9.12.2005) puesto que en materia Socio-Laboral sólo se cuenta con la Declaración de Jefes de Estado del MERCOSUR del 10 de diciembre de 1998.

El Parlamento nació sin la difusión necesaria y sobre todo, sin una sólida base de opinión pública y de una representatividad acorde a su naturaleza, que lo pusiera fuera de una orientación ideológica coyuntural. En efecto hubo señales claras de cierta ruptura con ciertos enfoques políticos del pasado como se reflejara en los avatares del proceso fundacional y sin acreditar luego en su funcionamiento una eficacia visible ni un realismo sensible que reflejara en su agenda los problemas más serios entre los Estados Parte con lo cual su tarea pasa desapercibida no estando en el foco de atención de los medios y de los analistas.

En suma, el órgano parlamentario del llamado “MERCOSUR POLITICO” no confirma esta calificación y coadyuva así a los que se han opuesto siempre a esa dimensión del organismo regional.

Cabe advertir que los lineamientos del Parlamento y la idea misma de su creación estaban ya trazados dentro de las primeras propuestas de sustitución de la Comisión Parlamentaria Conjunta del TA y respondían a la notoria influencia de Derecho Comparado de ciertas experiencias de integración llámense Comunidad Andina o Unión Europea, entre otras.

Es relevante señalar en dicho sentido el impulso que le dieran a ese proyecto ciertas ONG internacionales, que por bien inspiradas que fueren, carecieron de

realismo a la hora de percibir las necesidades mayores y más urgentes del organismo regional.

Parlamento del Mercosur y Compromiso Democrático

28.- El carácter sumarial de este inventario no podría desconocer la importancia del Compromiso Democrático contraído en el Protocolo de Ushuaia I (1998), punto sobre el cual volveremos, el que configura un importante antecedente de la Carta Democrática Interamericana aprobada por la Asamblea General de la OEA en su sesión en Lima del 11 de setiembre de 2001, en cuanto ambos instrumentos construyen un verdadero blindaje jurídico-político para la Democracia Representativa y el Estado de Derecho en nuestra región.

Según surge de lo recién expuesto, se trata de un interesante desarrollo progresivo del MERCOSUR en cuanto a la defensa y perfeccionamiento del sistema democrático representativo del que hace parte el Parlamento - PARLASUR -, el que será resultado de elecciones directas, algunas en curso y otras pendientes. De ahí, precisamente, la necesidad de prestigiar este órgano deliberante aunque ello no sea fácilmente armonizable con el modelo intergubernamental del MERCOSUR escogido por los Estados Partes.

El PARLASUR – no equiparable al Parlamento de la UE -, constituye sin duda un desarrollo orgánico al que debemos prestarle la atención de un órgano de esta índole con el que se abre un debate no tanto formal sino sustantivo, que supere las objeciones de oportunidad y conveniencia y las graves derivaciones político-institucionales que aparejara el claro apartamiento de las regulaciones centrales del MERCOSUR para obtener un inexistente consenso mediante las ilegítimas sanciones impuestas a Paraguay y el ingreso a mi juicio irregular de Venezuela.

Estos dos temas debieron ser objeto ***a posteriori*** de un debate de legalidad en profundidad –no hubo ninguna de ambas cosas -, acerca del derecho aplicable y las derivaciones político-diplomáticas en el que habría sido muy importante algún tipo de declaración del PARLASUR que “mercosurizara” la cuestión y evitara con ello el cargo de omisión ante un hecho de esta trascendencia.

Del mismo modo sucedió también con el famoso conflicto de las fábricas de celulosa al igual que ocurriera con el bloqueo de las carreteras y puentes binacionales argentino-uruguayos no obstante contar con un laudo que declaraba su ilegitimidad. La alegación de “bilateralidad” de estas controversias fue suficiente para auto-justificar una notoria prescindencia del MERCOSUR e insistimos en ello pues allí reside una cuota parte importante del origen del alicaído prestigio de la institución.

La observancia del Derecho es la cualidad ineludible que debe llenar una organización internacional, que no existe por sí, sino por una fuente jurídica reguladora que fue entonces violentada para materializar un objetivo político.

Por otra parte, se ha calificado al PARLASUR de “prematureo e innecesario”, pues en el preciso momento de su creación no era la respuesta adecuada a la crisis de índole global –básicamente comercial- que vivía entonces el MERCOSUR; luego, al verlo funcionar, fue evaluado como “retórico e ineficiente”.

Desde otra posición se le identifica como el nexo indispensable con la opinión pública y hasta – con franca hipérbole- como “**el pilar político** que le faltaba al MERCOSUR”. También este juicio ha estado teñido de una intencionalidad política circunstancial no desmentida por los hechos.

No pretendo en modo alguno descalificar a quienes de buena fe han sostenido y defienden este órgano y cada una de estas opiniones tiene su propio sentido y justificación, pero acaso lo que opaca su valor, poniéndolos en contradicción y debate, sea, conforme a algunos analistas y de acuerdo a mi propio modo de ver la cuestión, una identificación del nacimiento del Parlamento con la orientación presente de ciertos bloques políticos ideológicos.

Nos parece que ellos han estado más interesados en crear un hecho político e imprimirle su sello bautismal que en poner al servicio de una visión madura y de conjunto del proceso de integración, desde el conjunto de las sociedades políticas nacionales de los Estados Parte.

Lo anterior no implica negar el Protocolo *in totum* sino que al atribuírsele el Propósito de “Representar a los pueblos del MERCOSUR, respetando su pluralidad ideológica y política” (Art. 2.1) cabe abrirle un crédito acorde al relieve de ese encargo y en particular al deber de “velar en el ámbito de su competencia por la observancia de las normas del MERCOSUR” (Art. 4.1).

El Protocolo de Ushuaia: instrumento político fundamental

29.-Entre esas normas destaca el Protocolo de Ushuaia (24.7.98) sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR y otros documentos políticos sobre ese mismo tema reafirmados de manera expresa en su exordio.

No descarto que los respectivos cronogramas electorales de cada país para escoger los integrantes de este cuerpo, puedan aparejar una inclusión pública mayor que el acto mismo de su creación ya que esto, agregado, dependerá en gran medida del lugar que la opinión pública a través de los partidos políticos y otras formas de expresión legítima le atribuyan. Finalmente serán los ciudadanos mercosurianos los que definirán conforme a su agenda de preocupaciones, necesidades y expectativas, a través de sus representantes, qué es para ellos el Parlamento del MERCOSUR y cuál deben ser los asuntos de mayor relieve. Y entre estos estará, forzosamente, la “plena vigencia de las instituciones democráticas” como “condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo” (art.1).

Este Protocolo de Ushuaia I “es parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos Acuerdos de integración celebrados entre el MERCOSUR Y LA

República de Bolivia y la República de Chile”(art.8) y “se aplicará” a los “Acuerdos de integración” futuros entre el Mercosur y esos dos Estados y entre los “seis Estados Partes de este Protocolo”(art.9).

La “ruptura del orden democrático” (art.4) es la situación a partir de la cual opera el instrumento pudiendo arribarse a la etapa de aplicación de sanciones por consenso, previas consultas y negociación –excluido el Estado concernido- que van desde la “suspensión del derecho a participar en los diferentes órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de estos procesos” (art.5)

En este Protocolo se consagra una verdadera definición política de la que deben ser custodios tanto el Parlamento como el Consejo Mercosur como órgano central de la institución y de suyo la Cumbre misma si fuere el caso.

Tan importante es su observancia como su desconocimiento; de ahí la trascendencia que cobrara la ilegítima suspensión de Paraguay y el no menos ilegítimo ingreso de Venezuela al Mercosur, tema sobre el cual no insistiremos aquí con el ánimo constructivo de alentar las soluciones en curso.

Importa reconocer que la creación del Parlamento avivó un debate muy fuerte acerca del posible “perfilismo” político del organismo y hasta sobre un eventual cambio en la naturaleza misma del MERCOSUR, volviéndose a instalar en la mesa el tema de la supranacionalidad con todos los anticuerpos que ésta sigue despertando en la visión de buena parte de la opinión pública, de los Partidos Políticos y de los Gobiernos de los Estados Parte, sin excluir los disensos doctrinarios no menos vigorosos y fundados.

En el plano teórico, la sola idea de establecer un Parlamento en cualquier organización internacional exige la mayor atención. Para que esto suceda debe escogerse el momento adecuado y en el caso del MERCOSUR obviamente no lo ha sido pues otras eran las urgencias a satisfacer. Podríamos decir, incluso, que el MERCOSUR no estaba aun maduro para dar este paso.

Estos comentarios quizás no reflejen con el rigor necesario la ineludible interrelación entre integración y opinión pública al punto de no advertirse suficientemente el carácter **no vinculante** -de suyo no supranacional- de las “declaraciones, recomendaciones e informes sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración por iniciativa propia o a solicitud de otros órganos del MERCOSUR “(Art.4, ord.11, del Protocolo del PARLASUR). Empero, esto no ha evitado la forzosa referencia a las relaciones con los órganos legislativos internos y sus respectivas leyes, tema en el que, ciertamente, el Protocolo no innova- es preciso señalarlo - ajustándose así al carácter intergubernamental del MERCOSUR.

30.-Un debate a fondo de esta cuestión, que no excluya ninguna posición y a la luz de las normas y experiencia, configura una posible agenda futura para los analistas y expertos y, sobre todo, para los gobiernos de los países socios. El antecedente del Parlamento de la Unión Europea por el gran número de países

representados, la incorporación pública a los respectivos procesos electorales de los diputados comunitarios, la acción de las llamadas “familias ideológicas” y las facultades que le han sido conferidas, ofrece un cuadro de situación muy diverso del MERCOSUR y corresponde a un estadio muy desarrollado de la integración política sin que por ello deje de servir como modelo de una indiscutible etapa de avance institucional que hoy se percibe como muy distante .

A modo de una muy inicial contribución a ese debate, diríamos que el Parlamento del MERCOSUR debería incluir en su agenda los temas de mayor sensibilidad política en las relaciones internacionales de la sub-región, entre los propios socios y con terceros. Se trata de cuestiones que en ciertos casos revisten el carácter de verdaderos obstáculos a la integración como por ejemplo las trabas en materia de inversiones, comercio y servicios, cuestiones que por sus alcances no se agotan en el punto de vista económico ni tampoco jurídico, por cierto. No podrían quedar fuera temas como la Alianza Pacífico, el TIP, el TPP y otros, todos parte de la inserción externa del MERCOSUR, de muy escasos efectos económicos hasta el presente.

Por tanto, trabajar sobre esta agenda, aunque sujeta todavía a la limitación del carácter recomendatorio de sus declaraciones, sería un aporte relevante del Parlamento al conocimiento y difusión de estos temas que tras su apariencia técnica conllevan efectos concretos de cuya justa solución depende la efectiva defensa del interés general.

La inclusión de los candidatos a “Parlamentarios Mercosur” en una oferta de “representantes electos por sufragio universal directo y secreto de acuerdo con la legislación interna de cada Estado...” (Art. 1) es por sí misma una reafirmación del compromiso de llevar adelante la conformación de este nuevo órgano sujeto a una integración política plural y equilibrada, tema éste de alta sensibilidad y que en nuestro país levantara un fuerte reparo ante el riesgo de una estricta representación proporcional.

Este punto ha sido objeto de implementación cuyo detalle excede mis límites.

Faceta positiva del Parlamento del Mercosur

31.- Destaco que el Parlamento está facultado para emitir dictámenes “sobre todos los proyectos de normas del MERCOSUR que requieran aprobación legislativa en uno o varios Estados Parte, en un plazo de noventa días (90) de efectuada la consulta. Dichos proyectos deberán ser enviados al Parlamento por el órgano decisorio del MERCOSUR, antes de su aprobación” (Art. 4, Competencias, Ord. 12).

Este procedimiento, bien utilizado produciría el mejoramiento de los actos del MERCOSUR y hasta podría considerársele como un mecanismo de control de legalidad preventivo. Naturalmente, esto va de la mano de la calidad institucional del Parlamento y los atributos de sus integrantes. Por tanto, vemos este órgano con una “expectativa vigilante”, conscientes que su perfeccionamiento va de la mano de MERCOSUR como un verdadero sistema

de integración sub-regional. Y por esto mismo, tienen buena parte de razón quienes - entre los que nos contamos - opinan que la creación del órgano parlamentario ha sido “prematura”, pues los problemas del MERCOSUR no nacieron en la Comisión Parlamentaria Conjunta, órgano que precediera al PARLASUR con razonable aprobación desde Asunción –POP, a la que reemplaza el Parlamento.

“Patria Grande”: un debate reabierto al crearse el Parlamento

32.-Cabría subrayar que la creación del Parlamento MERCOSUR suma otro capítulo a la frontal polémica entablada entre los que quieren un MERCOSUR sólo comercial o, a lo sumo, de integración económica, y los que proclaman una vocación de “Patria Grande” (la región vista desde ella misma y hacia adentro no sin cierto **anticolonialismo** retroactivo).

Esta propuesta suscita y requiere un tratamiento histórico-político de alcance mayor que la propia integración, que reconozca la diversidad de nuestros pueblos, contándose para ello con el antecedente de múltiples estudios regionales aunque exige bastante más que una pura “puesta al día” de las instituciones pues toca matrices constitucionales definidoras de la identidad de cada uno de nuestros países y sus relaciones histórico-culturales con otros continentes, en particular, Europa, de cuya emigración descendemos muchos de nosotros.

El tema tiene además una frecuente presencia en los medios con lo cual se promueve de manera anticipada y en ocasiones un debate en apariencia propio de la integración, pero que ofrece por elevación una opción cultural y política no bien definida que desborda claramente el cuadro de opinión pública dominante en varios de nuestros países. Esto no desconoce, por cierto, una mirada distinta y de ahí precisamente, la dificultad de una “reestructuración cultural” de la región, unificadora en la diversidad.

Desde esa perspectiva de “Patria Grande”, el MERCOSUR sería apenas una “época” o mejor, “un momento” en el proyecto de “restauración” regional, al menos de América Latina. Esa concepción trata de aprehender nuestros países como una realidad única, desde un punto de partida no consensuado y no muy bien definido como tal en sus diferentes versiones. Éstas suelen apoyarse en una postura reivindicativa del respetable indigenismo pre-colonial (hoy modernizado, sin duda) como un valor político no carente de un fuerte discurso político ideológico, retórico a veces, que busca hoy reflejar el cuadro de “simpatías ideológicas presidenciales alineadas del presente” lo que ciertamente dista mucho de una integración orgánica responsable y duradera.

Desde nuestra visión, la integración regional debería ser encarada como un instrumento de solidificación y no de ocasional pretexto para reabrir nuevos debates de “Descubrimiento o Encuentro de dos Mundos o Culturas”, según se prefiera, a cuyo servicio no se dispone de una única historiografía dominante que avale una visión compartida y generalizada del asunto. No descartamos ese debate aunque tengamos dudas sobre su utilidad y oportunidad a los efectos de

nuestro MERCOSUR “en tiempos de globalización”, vale decir de meditada moderación de nuestra “localidad”.

En todo caso y en función de lo antedicho, el tema visto desde ese ángulo histórico excede el objetivo del presente análisis e ingresa en otras especializaciones que no tiene el autor y sí poseen prominentes figuras con las que cuenta el propio CURI como la ejemplar investigadora e historiadora Ana Ribeiro.

Algo más sobre la supranacionalidad

33.- Juzgo necesario volver sobre la supranacionalidad desde que no es un tema “tabú” ni tampoco un “dogma” intocable, sino una fórmula de acuerdo integracionista profundo, alcanzado en Europa, primero, como garantía del restablecimiento de la paz en un continente que había sufrido las dos mayores Guerras del Siglo XX; luego- con la ayuda económico-financiera externa necesaria- para buscar y obtener un desarrollo económico-social compartido y más recientemente, ampliar su membrecía y con ésta afirmar una concepción continental europea, no exenta de calendarios y ajustes diferenciados de sus integrantes, desde una visión geopolítica que explica gran parte de las decisiones actuales de la Unión Europea, entre ellas las adoptadas respecto de Grecia como frontera del Occidente europeo clásico **vis a vis** el Islam.

Entendemos – y este es un concepto institucional -, que puede haber modelos de integración de diferente naturaleza y grado de profundidad y, sin embargo, hay algo muy claro en todos los casos como por ej., la necesidad de prestar una evaluación responsable de los resultados que cada uno de ellos produce. Y esto abarca lo político y lo económico –social y sobre todo al sentimiento y opinión ciudadana de los pueblos de cada uno de los Estados cuyo mayor bienestar debe ser el objetivo central cualquiera fuere el modelo adoptado.

No es desde la llamada “integración sentimental” (feliz expresión de Andrés Malamud en *Le Monde Diplomatique*, Dossier, Ed.159/set.2012) sino desde la visión pragmática lo que nos debe llevar a distinguir con claridad entre el éxito y el fracaso, constatable el primero en la Unión Europea y muy dudoso el segundo en el Mercosur.

En el caso del Mercosur no podríamos afirmar que la definición como organización “intergubernamental” haya sido garante, por sí misma, de un buen resultado ni responsable único de su aparente fracaso. Establecer de quién ha sido la responsabilidad, sea del modelo escogido y/o de los Estados Parte, se funde en un debate postergado pero inexorable dentro del precitado “sinceramiento”, aunque ello resulte difícil de asumir por los unos y los otros. En todo caso ese debate no admitiría exclusiones ni censura en ninguna de sus múltiples formas.

¿Inflación Institucional?

34.- Paradojalmente, mientras esto sucede en la región, ésta parece privilegiar la concertación política a través de otros ejercicios como UNASUR y CELAC, lo cual demostraría el propósito de unificar o al menos armonizar el discurso político en una dimensión geográfica diferente, mayor al MERCOSUR y a su vez, menor, por la intencionada exclusión de México en UNASUR y por replicar a la OEA, sin el Norte, y en especial Estados Unidos, en CELAC.

Estos nuevos ensayos políticos no pueden confundirse con la integración pues van más allá de los acuerdos económicos y son opuestos en gran medida a la apertura del comercio internacional; así se ha propuesto en ALADI “el comercio justo” en lugar del “libre acceso al mercado”. Entretanto en la esfera global se ensaya una dogmática oposición a las negociaciones plurilaterales extra-OMC de TISA, asunto abordado en detalle últimamente por Sergio Abreu en el CURI y otros ámbitos.

Así, esta “inflación institucional”, hacia la cual América Latina muestra cierta proclividad, por momentos parecerían agotarse dentro de un modelo invertebrado (un nuevo “Grupo de Río” ampliado), que más allá de su valor político, se muestra preñado de revisionismo histórico y sujeto a estrategias que pretenden en ciertos casos “supranacionalizar” el modelo institucional de la región.

Es totalmente diferente esta especie de nueva versión de la “internacionalidad” de lo que la experiencia y el Derecho Comparado muestran en la región y fuera de esta, como ALADI en América Latina y la CEE en Europa, salvando las notorias diferencias entre una y otra.

Por nuestra parte –vale aclararlo –, pensamos que supranacionalidad en la integración no es sinónimo de sujeción discrecional y absoluta a una entidad supra-Estados. En efecto, sin desconocer la realidad, esto podría plasmarse en la asignación orgánica de las competencias y formas de aplicación de las que depende en definitiva la eficacia de la solución sin adoptar una definición global habida cuenta del previsible debate que el asunto suscita.

También reconocemos que para arribar a este estadio de organización se requieren condiciones de los Estados participantes que en la actualidad en nuestra región no se llenan totalmente. Por ejemplo cuando se adoptan medidas unilaterales inconsultas dirigidas a perjudicar a alguno de los Estados y esto no es por cierto “Ciencia ficción” sino desoladora realidad. Y sin duda, lo más importante, cuando el compromiso democrático es dejado de lado por un Estado Parte.

Por tanto, en mi opinión, --y vuelvo sobre el MERCOSUR –, los términos en que se nos plantea la cuestión no es la oposición teórica de modelos asociativos sino la verificación de cuál de ellos es el que mejor responde a las asimetrías y al unilateralismo de los socios mayores. Desde mi experiencia digo que al MERCOSUR le haría mucho bien contar con órganos que estuvieran dotados de

las competencias para cumplir y hacer cumplir lo acordado en un ámbito cuasi jurisdiccional.

Por supuesto, además, en ningún caso podría adoptarse esa forma de organización sin el consentimiento de la opinión pública dentro del Estado de Derecho, cuya estabilidad y organización democrática es esencial para nuestro proceso de integración.

Tan ello es así que los mayores desasosiegos vividos por el MERCOSUR en los últimos años han derivado de fenómenos políticos en los Estados Miembros capaces de alterar el equilibrio democrático.

Los factores de equilibrio

35.- Hasta hoy – de esto hay suficiente evidencia – la falta de supranacionalidad no ha sido la garantía de equilibrio de los derechos e intereses de los socios cuya acción exterior ha seguido respondiendo a patrones o pautas de poder. Acaso la opción supranacional tampoco habría garantizado ***per se*** el éxito del MERCOSUR – dependiendo de su estructuración -pues la verdadera raíz de sus problemas reside en los Estados Parte con su **respectiva visión** del compromiso integracionista, construido sobre los pilares de una convivencia articulada y la buena fe en el cumplimiento de lo acordado y no sobre la base de una perspectiva tecnocrática y meramente utilitaria.

Y este compromiso equivale a que todos acepten e comprendan, con mayor o menor adhesión, que vivimos un tiempo diferente al de los Estados-Nación y que la integración no puede desatender y menos aun ignorar que los Estados-Nación de la Paz de Westfalia no son los mismos en Europa y a escala mundial y que el futuro que ella previó tampoco es el mismo. Baste con observar, a título de ejemplo, el drama de los movimientos migratorios y su centralidad en la agenda mundial para comprobar que no se trata de conflictos entre Estados o entre Naciones sino entre pueblos nucleados en torno de credos excluyentes con una presencia cada día mayor de la violencia y el terrorismo.

Junto a esta cuestión reaparecen en nuestra región antiguos conflictos aun no laudados entre Estados soberanos vecinos, en número decreciente, no insolubles por cierto.

Por otra parte, muchas ideas y utopías son compartidas, pero cada Estado sigue siendo único y diferenciado en lo externo por fronteras de muy costosa y sufrida conquista y en lo interno por la diversa composición demográfica y el natural reflejo de ello en su propia organización política.

Los factores externos actúan por su parte fuertemente y mantienen su influencia original o sobreviniente como verdaderos polos de atracción, llámese Europa o Estados Unidos de América, sin desprestigiar el rol que les toca a las demás organizaciones regionales. Y, por supuesto, las nuevas potencias mundiales China, India y el Sureste asiático.

En este marco desde nuestra visión reconocemos a la integración como un auténtico factor de equilibrio en una dimensión que no se agota en lo económico, sin dejar de señalar que esta evaluación despierta una sostenida oposición un tanto radical.

La Pregunta: ¿Necesitamos el MERCOSUR? – Algunas respuestas

36.- Y entonces, una vez más, la pregunta: ¿necesitamos el MERCOSUR?

En buena medida hemos adelantado respuestas aunque la propia pregunta es reveladora de la magnitud del tema ante los cambios que vienen dándose ante la emergencia de negociaciones plurilaterales de nivel mundial y la importancia que se le asignan por algunos Estados Latinoamericanos.

Sin embargo, es notorio que este último punto requeriría una consideración particular en la que la condición indispensable sería la consulta social transversal, vale decir a gobernantes y gobernados. En cualquier caso, el enfoque precedente auspicia un debate mayor que parecería haber comenzado, al menos en Uruguay, como los registran los Programas de los distintos partidos políticos para las elecciones de 2014.

La pregunta incluye si debe reforzarse el MERCOSUR y apoyar su consolidación y extensión o si hay que dejarlo de lado y optar por nuevas fórmulas, v.gr. UNASUR u otras.

Otra cuestión que se plantea aquí es la vigencia conceptual de la categoría Estado-Nación, de no buen recibo por los enfoques post-modernos, “globalizados” o “mundializados” u “holísticos”, a veces refractarios a caracterizaciones como la de “La Comarca y el Mundo”, en el elegante decir del Maestro Eduardo J. Couture, asumido como título de su imperecedero libro.

No sería pertinente esperar del MERCOSUR en la actualidad una respuesta rotunda que satisfaga a todos por igual. Sí, en cambio, es exigible que sea un articulador del equilibrio de derechos e intereses en una región de geografía y recursos económicos más asimétricos por **cuantum** que por aptitud productiva.

Si aceptamos, y pareciera no haber debate científico al respecto, que la globalización es una característica definitoria de la sociedad contemporánea con escenarios múltiples, razón por la cual ninguna fórmula de integración podría ignorarla, cualesquiera fueren sus dimensiones y objetivos a riesgo de incurrir en una concepción feudal de las relaciones internacionales. De ahí que la opción declarada del MERCOSUR por un regionalismo abierto no es solo condición de lo expresamente negociado sino de la comunidad internacional en su conjunto y ella extiende sus efectos a lo institucional como veremos más adelante.

Como se advertirá, no hace parte de esta introducción una descripción pormenorizada de las Decisiones, Resoluciones y Directivas de los respectivos órganos del MERCOSUR, sobre sus diferentes materias y nivel, de proyección y

alcance que atañe a su propio objeto, desde que nuestro objetivo es la presentación de reflexiones a propósito del sistema orgánico en su conjunto, con la mirada puesta en ciertas **disfunciones en puntos sensibles** que estimamos superables. No pretendemos proyectar aquí un nuevo pacto político, ni siquiera un OURO PRETO II para los que no existiría el necesario consenso ni sería ésta la oportunidad para ello, especialmente debido a ciertas dificultades, de índole variada, que se vive en algunos Estados Parte de la región.

Acaso pudiere llenar una generalizada insatisfacción respecto de su funcionamiento, una reformulación de ciertas competencias de los órganos del MERCOSUR, para lo cual bastaría con un Protocolo adicional, y hasta, para ciertos asuntos, con una Decisión del Consejo Mercosur. Temas éstos, de definición técnico-jurídica basados en el acuerdo político y en una interpretación armónica de sus distintas fuentes.

Estimular la reflexión es en definitiva el objetivo al que aspiran estos comentarios y si sirviera apenas de disparador para un debate de mayor aliento, se habría cumplido el objetivo que los inspiró.

Un juicio de valor

37. Los problemas que se detectan en el funcionamiento del MERCOSUR – probablemente sin la mística del comienzo-- son el resultado de ciertos factores atribuibles tanto a los Estados Parte como al MERCOSUR como organización, aunque ésta cuente con la atenuante de ser reflejo de la voluntad de las partes.

A puro título de evidencia del aserto previo cabe señalar que en la labor de la Secretaría Técnica del MERCOSUR domina todavía un rasgo “notarial” que la aleja del objetivo de la ampliación de sus facultades en especial en lo que hace al derecho de iniciativa técnica a pesar del interés de Gobiernos (al menos, aparente) y por supuesto de la propia Secretaría, el que me consta.

Las reiteradas críticas al MERCOSUR se dirigen, en rigor, a la falta de un verdadero compromiso de los Estados con el modelo y las decisiones adoptadas por ellos y esto, como es lógico, se refleja en el funcionamiento orgánico y sobre todo, en la imagen pública, en la que políticos, empresarios y medios de comunicación le reclaman al MERCOSUR rinda más beneficios de los que el propio sistema vista su situación podría generar. Igualmente le atribuyen unas facultades de freno del comercio que el MERCOSUR por sí mismo no puede corregir.

Toso esto nos obliga a evitar simplificaciones de uno u otro signo, las que luego, el ciudadano toma como válidas, sea para condenar o exculpar, actitudes ambas que por sí solas no lo acercan con certeza al MERCOSUR.

Se insiste hoy día, con mucha fuerza, en la orfandad de opinión pública favorable al MERCOSUR, induciéndose de este dato el fracaso de la integración. Sin negarle influencia a esta valoración, se impone modularla y

reconocer el excesivo “crédito” abierto al organismo, nacido en tiempos de reverdecir democrático y de confianza en el previsible aumento del comercio regional como su gran objetivo luego alcanzado en gran medida por la ampliación del espacio regional.

Esto, por una parte; por la otra, una exacerbada visión crítica, parte de ella conservadora y resistente desde el principio a la priorización del escenario regional, desde una postura económica tradicional, “mundialista”, en ocasiones exitosa, y a veces demasiado recostada en un “neo-liberalismo”, muy crítica de los “desvíos de mercado” y “proteccionismo multilateral”, efectos de la integración.

Se trata, en esencia, de la expresión de ideas previas que obran como calificación relativa al MERCOSUR y habilitan ya su absolución retórica e incondicional, ya una condena sin atenuantes.

Así, las dos visiones pueden llegar a actuar como verdaderas anteojeras que inhabilitan una visión clara de los “textos y contextos”.

Dicho de otro modo: prejuicios y dogmas juegan en cada uno conforme más a sus propios reflejos que a una visión de fondo del modelo económico MERCOSUR como tal, o sea, como una determinada manera de integración de proyección futura. La necesidad de una mirada en prospectiva del mapa regional y del mundo globalizado se vuelve imperiosa.

Modelo y eficacia, éxito y fracaso, aparecen como términos absolutos y no son, por cierto, los mejores horizontes para un examen modulado de la cuestión y menos todavía para una adecuada toma de decisiones.

Y esto – opinión personal -, continúa siendo una cuestión no laudada en nuestra región, al menos en el ámbito de los cuerpos políticos y de quienes son titulares de la toma de decisiones.

Conviene aquí tener presente que en las agendas de los partidos políticos es menos reducido el espacio asignado a la integración que el destinado a hacer de ella un tema del discurso público electoral y en todo caso no se le considera como un asunto prioritario, endosado por los políticos a los técnicos.

El papel de Uruguay como sede de la Secretaría y del Parlamento

38.- Me permito añadir: Uruguay, como país sede de la Secretaría y del Parlamento, tendría en este escenario – al menos en buena lógica -, un protagonismo ineludible, al menos a nivel de difusión, aunque la causa más profunda de la intensidad de los diferentes roles de los socios no radique sólo en el asiento de los órganos.

El organismo no podría superar por sí solo los escollos que nos presenta el comercio internacional. De ahí, precisamente, la urgencia de trabajar en la inserción externa ya como MERCOSUR, ya como Estados Parte, partiendo de la

realidad y no de la utopía, obedeciendo al interés general y no a corrientes ideológicas que pueden llegar a actuar dentro del organismo con el foco puesto en el predominio de alguna corriente de pensamiento más que en el resultado positivo de la gestión.

Dentro de este cuadro de situación está en juego la sobrevivencia misma del MERCOSUR y es aquí donde la realidad ordena a los países recuperar buena parte de autonomía en la negociación externa en la búsqueda de nuevos mercados habida cuenta que el comercio internacional no se agota en la dimensión regional.

Flexibilización: de la palabra a la propuesta

39.- Es la economía de cada Estado Parte y el libre juego de los intereses y derechos de los operadores económicos, los que, con base en la opinión pública y agrupados en organizaciones, impulsan una mayor flexibilidad que le permita desarrollarse sin la atadura de un inmutable compromiso de Unión Aduanera inconclusa, con un Arancel Externo de corte proteccionista, sólo justificable en un mercado común verdaderamente ampliado muy distante por cierto.

La flexibilidad no es sinónimo de violación de las normas sino la respuesta necesaria e ineludible dentro de una adecuada interpretación de la realidad y por esta razón debería responder a una iniciativa fundada de alguno o, idealmente, de todos los socios afectados por igual.

Una flexibilidad acordada y regulada le restituiría al MERCOSUR un crédito de confianza que hoy no posee.

Por último, sobre este punto, la flexibilidad debe ser tanto dentro del MERCOSUR como fuera de éste, en las negociaciones con terceros Estados de la región o de fuera de ésta, y, por supuesto, con organizaciones como la Unión Europea, sin excluir la apertura hacia la Alianza Pacífico (“convergencia en la diversidad”, se ha dicho) y Trans Pacífico, entre otras.

B.- Algunas Ideas para una Revisión institucional del MERCOSUR

40.--Es necesario reconocer que toda vez que se intenta separar totalmente política e integración, nos encontramos con una dificultad de tipo filosófico-político, de carácter no técnico. Ello se proyecta en el momento de abordar las instituciones del MERCOSUR como surge de párrafos anteriores.

Si bien mi esfuerzo se dirige a lo institucional no resulta fácil dejar a un lado mis convicciones que son la razón misma de este trabajo lo que no significa convertirlas en el centro de la exposición.

A efectos de ordenar esta exposición paso a enunciar los puntos centrales de este capítulo con un breve comentario de cada uno de ellos. Se trata aquí de participar en un esfuerzo de “sinceramiento”

del MERCOSUR, ya no de “Relanzamiento” u otros eufemismos similares.

41.-a) Necesidad de funcionamiento regular de los órganos en los calendarios fijados

Si bien – lo reiteramos -, hay un funcionamiento regular de los órganos del MERCOSUR, es nuestra opinión que en presencia de problemas de marcado interés para los Estados Parte y para el MERCOSUR como tal, sería necesario que el Consejo y la Cumbre de Presidentes funcionen como verdaderos órganos

de consulta, coordinación y decisión frente a los nuevos desafíos que plantea la economía internacional.

La convocatoria del Consejo Mercosur a reuniones extraordinarias ha dejado de ser un camino transitado a despecho de haber mostrado en el pasado su eficacia

Para esto se necesita que los socios piensen en temas concretos como por ej. las llamadas “cadenas de valor” o “encadenamientos productivos transnacionales” (Félix PEÑA – Newsletter mensual, junio 2015); también , por cierto, en las trabas al comercio de la más variada índole (arancelarias, para-arancelarias, fitosanitarias) lo que incluye licencias previas, plazos y autorizaciones, etc.).

La Comisión de Comercio tiene importantes cometidos conforme al POP (Art. 16) como es la de “asistir al Grupo Mercado Común” y a la que “le compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Parte para el funcionamiento de la Unión Aduanera...”. En especial las “funciones y atribuciones” que le confiere el art. 19 del POP constituyen un plexo normativo que le da a la Comisión, además del técnico, un rol político (por ej. el par. IV de dicho art.), y un papel central para considerar las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales, provenientes de los Estados Partes o de “demandas” de los particulares.

Esto último hace de la C. de C., un órgano integrante del sistema de solución de controversias (el Art. 21 utiliza los términos “reclamaciones” y “demandas” , respectivamente).

Estos roles de la C.de C., sin duda importantes, no alcanzan la notoriedad que cabría esperar.

42.- b) *Incompatibilidad de los actos unilaterales de los Estados contrarios a los instrumentos y resoluciones del MERCOSUR*

Ninguno de los instrumentos jurídicos del organismo contempla la posibilidad de adopción de actos unilaterales fuera del campo orgánico y en todos los casos las decisiones de los Estados Parte se adoptarán conforme al Cap.II del POP, del que destaco el art.37 que ordena el consenso y la presencia de todos los Estados Partes. Los comentarios expresados en el cuerpo de este análisis me inducen a no ser reiterativo y por tanto a lo dicho me remito.

43.-c) Carencia de un sistema superior y central de control de legalidad de los actos de los Estados Parte y de los órganos del MERCOSUR.

Si bien el MERCOSUR dispone de un sistema arbitral de solución de controversias con dos instancias (PO), carece de un órgano dotado de competencia para juzgar la legalidad de los actos dimanados u originados en él.

Veamos este punto:

i) los árbitros **ad-hoc** pueden resolver acerca del derecho aplicable y los hechos en tanto que el Tribunal Permanente de Revisión sólo “podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc” (art.22 POP);

ii) el laudo del TPR “será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc”(ibid.) ante el cual se fija “el objeto de la controversia(art.14);

iii) los laudos arbitrales serán obligatorios para los Estados partes en la controversia(art.26);

iv) en cuanto al Derecho aplicable ha sido detallado en el art.34(PO), del que destaca, junto a los instrumentos del MERCOSUR y los actos dictados por los “órganos con capacidad decisoria”, los “principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”, fuente esta última de gran significación en el Derecho Internacional General y llamado a adquirir ineludible influencia en el fundamento de los laudos arbitrales y en particular los del órgano de Revisión (TPR) por ser en realidad arbitraje de Casación de derecho y no de hechos;

v) de lo anterior se infiere que los laudos que sólo obligan a las partes en el caso concreto, interpretan y aplican el derecho a la luz de la controversia sujeta a arbitraje;

vi) si bien el único órgano central es el TPR, éste no tiene facultades para controlar la legalidad de los actos fuera de la controversia sometida a arbitraje;

vii) tratándose de un derecho intergubernamental cabe tener en cuenta que las Decisiones del órgano superior – el Consejo MERCOSUR –“serán obligatorias para los Estados Partes”(art.9 POP);

viii) para su “aplicación interna”, el derecho mercosureño debe “internalizarse”, garantizándose su “vigencia simultánea”(Cap.IV POP, espec. arts.38 y 40);

ix) en función de la doble naturaleza **intergubernamental e interna**, cabría pensar en un contralor de legalidad del derecho mercosureño que cubriera ambos tramos de su elaboración, vale decir, uno relativo a lo actuado

por los órganos del MERCOSUR, y otro, como derecho interno donde cada orden jurídico dispone de mecanismos para llevar a cabo dicho contralor;

x) el derecho aplicable para el primer tramo sería dentro del que dimana del MERCOSUR, el segundo en cambio estaría sujeto al cotejo de la normativa “internalizada” con el orden jurídico interno propiamente tal del respectivo Estado donde se invocare;

xi) el primero de tales controles tendría que ser asignado al TPR que sería supraordenatorio respecto de los sendos controles internos. Este es un tema complejo que demandará otros análisis.

Para concluir este punto: el exhaustivo e importante estudio ya citado de los Profesores Arbuet Vignali y Vignali Giovanetti analiza con detalle y profundidad el Laudo No.01/2012 dictado por el TPR ante el reclamo de Paraguay por las sanciones que le impusiera el MERCOSUR.

Sin perjuicio de compartir plenamente la calificación de los autores acerca de la ilegitimidad de la medida impugnada, me permito con profundo respeto disentir con los colegas en cuanto al cuestionamiento a la declaración de “no competencia” pronunciada por el TPR, lo que puso en evidencia los que los mismos autores – de modo crítico – expresan: “se abre entonces un vacío imposible de llenar” (Transcripción del estudio citado), poniendo en evidencia que “el MERCOSUR carece de un sistema jurídico para resolver una cuestión tan grave...”(Transcripción parcial del Laudo).

Reconozco que el asunto es complejo y en lo que hace a mi enfoque sólo trato de convocar al análisis en profundidad del Laudo No.01/2012 y el comentario al mismo ya citado, en particular lo relativo a la “competencia **ratione materiae** en cuanto deja de lado la naturaleza no comercial de la controversia al decidir sobre su competencia (Ver espec.págs.22 a 29 del Estudio referido), sin dejar de lado el tema de las medidas de urgencia.

44.-d) **Un mejoramiento de la estructura secretarial**

La Secretaría del MERCOSUR como órgano permanente es la cara visible del organismo y adquirido de modo progresivo su actual estructura administrativa y técnica.

Empero, hay algunos aspectos en que podría ser mejorada la Secretaría:

i) atribuirle de modo expreso la competencia de iniciativa técnica en los asuntos de esa naturaleza, sea ex officio o a solicitud de los Estados o de los órganos con capacidad decisoria;

ii) asignarle funciones en la recolección y archivo de información atinente al comercio internacional tanto al interior de la sub-región abarcada por el MERCOSUR como de terceros, países y organizaciones, a efectos de facilitar los eventuales procesos de negociación;

iii) conformación en la Secretaría de un sector de Asesoría Técnica de alta especialización que “trabaje de acuerdo a una perspectiva común del proceso de integración”, como reza el Acta MERCOSUR/SGT Nro.02/02, Buenos Aires, Mayo 2002, donde consta el acuerdo de varios Estados Parte sobre tal propuesta. En ese sentido la cooperación con los Estados Parte, a pedido de éstos, para la incorporación de la normativa Mercosur podría ser motivo de consideración;

iv) incrementar las relaciones de intercambio y cooperación con los demás organismos regionales;

Es preciso reconocer que la atribución de nuevas funciones requiere de mayores recursos económicos y ello constituye la mayor dificultad, lo cual nos sugiere la necesidad de insistir en la línea de su desarrollo progresivo y el incentivo profesional necesario.

44.-e) Una posible revalorización de la Comisión de Comercio

Las facultades que el POP le asigna a la Comisión de Comercio de “velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común”(art.16) y las “funciones y atribuciones ordenadas por el art.19, en cuanto alcanza a los acuerdos “intra-Mercosur y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio”, convierten a la CC en un órgano no solamente dotado de capacidad decisoria sino de asistencia (al Grupo Mercado) .

Pero acaso lo principal fuere su capacidad de “considerar y pronunciarse” sobre “la aplicación y el cumplimiento del AEC”, a solicitud de los “Estados Parte”, texto que interpretamos a favor de un criterio amplio que habilite el pedido individual o colegiado.

De indudable valor técnico- eventualmente preventivo de una controversia- la labor de la CC debería ser más promovida tanto a nivel público como privado.

Subrayo el rol de la CC en la negociación del MERCOSUR con terceros, por ejemplo en estos momentos la que se lleva a cabo con la Unión Europea y la posible profundización del status de nuestro país en la Alianza Pacífico.

45.-f) Politización del MERCOSUR - El papel de los Estados Parte

En mi opinión este punto dice relación con el comportamiento de los Estados Parte y no estrictamente con la institución. Se trata, por tanto, de un asunto no institucional aun cuando produzca efectos sobre el funcionamiento orgánico.

Por la razón anterior no estimamos pertinente formular ningún tipo de proposición sin perjuicio de la opinión personal que tengamos sobre el tema, parte de la cual fuera expuesta en el curso del presente estudio.

La irradiación política de otros organismos regionales sobre el MERCOSUR pudiere ser materia de análisis en trabajos futuros.

46.-g) **Un tema muy sensible: La Decisión 32/00**

La extensión de este estudio no me habilita sino a resumir los puntos centrales:

- i) su internación (debate abierto por Fernández Reyes, op.cit.);
- ii) su condición de parte de una "política comercial común";
- iii) la posibilidad de su revisión como capítulo de una negociación de mayor alcance (nuestra opinión);
- iv) un instrumento práctico facilitador de la denuncia parcial (ver este punto);
- v) revisión impuesta por una nueva realidad del comercio internacional.

C) CONCLUSIÓN – Mi Opinión

47.-El lector advertirá en mis comentarios cuál es mi visión institucional acerca del MERCOSUR y sus actuales desafíos.

Por tanto al cerrar este artículo sólo subrayaré ciertos temas a los que asigno especial relieve y un grado de inmediatez acaso mayor.

Al mismo tiempo cabría reiterar todas las salvedades hechas ab initio en cuanto al propósito de apertura de mayores estudios a los tratamos de contribuir con el producto de la observación y de la práctica.

Estoy pensando, por cierto, en el papel que le cabría al Consejo Mercado Común y a los demás órganos, pero, en rigor y sobre todo, en la Cumbre de Presidentes de los Estados Parte como instancia política superior, *strictu sensu* no orgánica pero de indiscutible relieve a la hora de identificar las orientaciones y objetivos más relevantes.

Obediente al propósito de no señalar a Estado alguno, sino al MERCOSUR como tal, y por tanto esto incluye a los órganos con capacidad decisoria y a los Estados Parte, me limitaré a señalar que la falta de una agenda pública, bien difundida a nivel público es una señal negativa del organismo regional por la falta de interés que ello exterioriza y la señal negativa hacia terceros países, organizaciones, personas, empresas, en fin, el mundo real.

En el momento actual es previsible que el Consejo y la propia Cumbre mantengan reuniones programadas y formalmente se adopten Decisiones con mandato político que permitan avanzar al interior del MERCOSUR y en sus relaciones externas del tipo de las birregionales MS-UE y de las intra-regionales. En el caso de Uruguay se trataría de procurar una presencia más activa en el

proceso de acercamiento a la Alianza Pacífico, con miras a su profundización, cuestión esta última que exige un examen económico-político específico.

48.- Tanto respecto de BIENES como de SERVICIOS se verifican con cierta frecuencia actos unilaterales de los socios en materias donde existen normas y compromisos mercosurianos que son así incumplidos. No asumimos por cierto que nuestro país no haya también incurrido en esa disfunción y por ello mismo bajo el Protocolo de Brasilia recibido un laudo arbitral contrario (Laudo del Tribunal ad-hoc No.9, 4.4.03 en asunto Argentina c. Uruguay-Incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana). De igual modo no podemos ignorar a simple título de ejemplo de funcionamiento de las dos instancias del PO en los casos relativos a los Neumáticos recauchutados y Corte de las Rutas a los Puentes binacionales, amparándose en los dos casos la reclamación de Uruguay.

Esto puede resultar natural en un cuerpo vivo como el MERCOSUR y hasta comprensible. El problema radica, por un lado, en el quantum de los efectos que produce ese tipo de actos en una u otra economía, pues los que más sufren esos apartamientos son los socios menores. Y por otro, en la insuficiencia de medios reparatorios suficientemente disuasivos y justos.

Así por ejemplo en materia de trabas al comercio en materia de bienes mediante la adopción de un régimen de licencias previas por parte de un Estado del MERCOSUR que la OMC viene de rechazar, el organismo deberá tener en cuenta ese precedente

49.- En materia de Servicios si bien la llamada “Lucha de Puertos” entre Buenos Aires y Montevideo arranca hace ya más de dos siglos, sigue siendo – aun en tiempos de integración y de supuesta superación de esta dialéctica --, una realidad compleja para ambas partes, ningún Estado hoy día podría siquiera intentar la defensa de cualquier tipo de monopolio en esta materia de servicios portuarios marítimos que deben ser por definición abiertos y menos todavía en el marco de un organismo de integración.

El MERCOSUR y otros acuerdos regionales como el Tratado de Montevideo de 1980 que creara la ALADI no contienen fundamento jurídico alguno para que cualquiera de ambos puertos pretenda en la realidad controlar las vías comerciales del territorio platense.

Empero, lo que sí se advierte es una lucha permanente de intereses y la historia reciente muestra la adopción de medidas unilaterales que han ocasionado a nuestro país ingentes daños económicos y sociales por la pérdida de empleos.

Cabe tener presente que a nivel multilateral se negocia desde el año 2005 un Acuerdo cuatripartito (“Acuerdo multilateral de Carga”) que consagra la reserva de carga (privilegio de bandera), que ROU se ha resistido a firmar por razones obvias (la no disponibilidad de una capacidad naviera transportista suficiente). No obstante el considerable número de sesiones del Grupo de Trabajo Nro. 5 creado a ese efecto no se ha obtenido el consenso y el Acuerdo no ha sido

aprobado. Por tanto no hubo acuerdo del MERCOSUR motivo por el cual pudo haberse movilizado el mecanismo de solución de controversias del PO lo que no aconteció poniendo bajo sospecha la utilidad del instrumento de integración y ello ha sido una mala señal para operadores propios y ajenos.

50.- Nuestro propósito al subrayar estas trabas en materia de servicios es poner de relieve que el déficit institucional del MERCOSUR no es sólo atribuible a las deficiencias orgánicas sino a las administraciones de los Estado Partes y a la renuencia, en muchos casos por razones políticas, a utilizar los procedimientos disponibles. - A modo de complemento de lo antedicho cabe indicar que el tema que venimos evocando entra en el ámbito del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios en el MERCOSUR firmado en diciembre 1997, aprobado por el Consejo del Mercosur en su reunión de 23 y 24 de julio de 1998 y en vigor entre los cuatro Estados Parte.

Este Protocolo “tiene por objeto promover la Libre Circulación de Servicios”.

Naturalmente, el tema permitiría desarrollos jurídicos más profundos que desbordan el cuadro de este trabajo pero en todo caso es forzoso tener presente la ausencia de un verdadero *animus societatis* entre socios del MERCOSUR, tema sobre el cual tenemos que seguir trabajando con espíritu constructivo y mirando hacia el futuro.

51.- Como es notorio el MERCOSUR carece de órganos judiciales propios, sólo cuenta con un sistema arbitral que se ha ido perfeccionando pero que no podría quedar fuera de una revisión institucional responsable.

Tampoco cuenta con algún cuerpo competente para controlar al interior del MERCOSUR la legalidad de los actos dictados por los órganos dotados de capacidad decisoria.

Tampoco, cabe reiterarlo, los actos de los Gobiernos de los Estados Parte están sometidos a tal control de legalidad en el seno mismo del MERCOSUR fuera de los recursos internos que cada Estado pudiere habilitar tras la internación del respectivo acto habida cuenta del carácter intergubernamental de la institución.

En suma: en el MERCOSUR solamente habrá control propio de legalidad (o de regularidad) de los actos de sus órganos de decisión si se plantea una controversia arbitral que envuelve “cuestiones de derecho” desde que “las divergencias” entre Estados Partes sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes”, serán resueltos mediante “mecanismos expeditos” que “podrán ser establecidos” (Ver art.2 PO).

Naturalmente, lo precedente no excluye el control al interno de los Estados Parte conforme a su propio orden jurídico en caso de invocarse la aplicación de una normativa emanada del MERCOSUR.

52.- Es igualmente imperioso tener presente un caso de extrema gravedad como fuera el cierre de los Puentes binacionales, caratulado: “Omisión del

Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas”, asunto en el que recayera doble instancia favorable a Uruguay sin que el laudo fuera cumplido.

Igualmente, es también preciso y justo volver sobre los laudos Nros. 8 y 9 de los Tribunales Ad Hoc de 2.5.02 y 4.4.03, los que fallaron en contra de Uruguay sobre “Aplicación del IMESI” (Impuesto específico interno) en juicio promovido por Paraguay el primero, y en juicio promovido por Argentina el segundo, sobre “Incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana”, los que fueron cumplidos.

Por lo antedicho queda de manifiesto que, sin perjuicio de la diversidad de materias, gravedad y alcance de las controversias y sobre todo de su específica sensibilidad político-institucional, todos los Estados Parte del MERCOSUR por igual, han sido parte en contiendas arbitrales, con resultados diversos, y esto es natural que suceda en un cuerpo económico plural en el que juegan intereses y derechos muchas veces contrapuestos.

Cabe reconocer igualmente que los tribunales arbitrales ad-hoc y el propio TPR han resuelto las controversias entre los Estados Parte, con fundamento jurídico y equidad, más allá de que exista total coincidencia o diferencia acerca de los criterios interpretativos aplicados.

51.- Me permito insistir sobre el punto del control de legalidad, punto en el que creo existe una visible fragilidad institucional.

Así, se ha sostenido que siendo el MERCOSUR un organismo intergubernamental no supranacional, son los respectivos Estados Parte los que deben llevar a cabo dicho control de legalidad.

Me permito disentir con esta posición pues no cabe confundir el contralor de legalidad intramercosur con el que pueden operar cada uno de los Estados Parte como producto de la “internación” o incorporación de las regulaciones adoptadas por el MERCOSUR.

Se plantea aquí una cuestión de Derecho Público por lo cual cabría recabar la opinión de los especialistas dado que el Contencioso Administrativo sólo apunta al contralor de los “actos administrativos” y el “control de legalidad” podría verse agotado en el recurso de inconstitucionalidad o al cuestionarse la legitimidad del acto administrativo cuando éste tiene por fundamento jurídico una normativa dimanada de los órganos del MERCOSUR.

La competencia asignada a los Tribunales Superiores de Justicia para recabar del TPR opiniones consultivas, podría ser una solución a tener en cuenta para la asignación de competencia en materia de legalidad IntraMERCOSUR ya que la de carácter doméstico o interno requeriría de disposición legal expresa.

La CONCLUSIÓN es que la extinción del MERCOSUR vía denuncia de los tratados u otra – de hecho – exigirá de los Estados Parte una toma de decisión de alto nivel político y de inocultables efectos “extraterritoriales”, razón por la cual MI OPINIÓN es que debe ser mejorado reabriéndole un crédito hoy en peligro de agotarse.

Montevideo, 21 de Setiembre de 2015

Profesor Dr. Didier Operti Badán

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales