

blanca

blanca

**MERCOSUR
Y
UNIÓN EUROPEA**

blanca

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

**Manuel Cienfuegos Mateo
Zlata Drnas de Clément
Rita Marcela Gajate
Waldemar Hummer
Ignacio Jovtis
Antonio Martínez Puñal
Noemí B. Mellado
Francisco Paes Marques
Alejandro Pastori Fillol
Heinz G. Preusse
Jorge Pueyo Losa
Andrea Schmid**



Ninguna persona o entidad, sin autorización escrita de autor y editor, está facultada para reproducir el todo o parte de esta obra, adaptarla, traducirla o disponer su traducción o publicarla, en cualquier forma mecánica, electrónica y fotográficamente o su grabación por cualquier medio de recopilación informática, por cuanto el derecho de propiedad establece que el autor es el único que puede disponer de ella.

La infracción a estas disposiciones está penada por lo establecido en el art. 172 y concordantes del Código Penal (art. 2, 9, 10, 71 y 72 de la Ley N° 11.723).

FOTOCOPIAR ESTE LIBRO ES DELITO

ISBN 978-987-1153-71-8

*“Este documento se ha realizado con la ayuda financiera de la Comunidad Europea.
El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva de la red “EULATIN II” y en modo alguno debe considerarse que refleja la posición de la Unión Europea”.*

© **WALDEMAR HUMMER**

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723

Impreso en Argentina - Printed in Argentina

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT (**Coordinadora**)

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina

WALDEMAR HUMMER (**Editor**)

Coordinador del Programa EULATIN II

Instituto de Derecho Comunitario Europeo y de Derecho Internacional
Público, Universidad de Innsbruck, Austria



Segundas Jornadas Científicas de EULATIN II

(17 y 18 de septiembre de 2007, São Paulo - Brasil)

Organizadas por la Faculdade de Direito
de la Universidade de São Paulo - Brasil

Organizador

JOÃO GRANDINO RODAS

Director da Faculdade de Direito de la USP

BLANCA

SUMARIO

ACERCA DE LOS AUTORES.....	XIII
PRÓLOGO.....	XVII

PRIMERA PARTE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

CAPÍTULO I

COMENTARIOS AL PRIMER LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR SOBRE LA APLICACIÓN EN EXCESO DE MEDIDAS COMPENSATORIAS (*THE FIRST DECISION OF THE MERCOSUR PERMANENT REVIEW TRIBUNAL REGARDING THE IMPOSITION OF RETALIATION MEASURES IN EXCESS*)

Alejandro Pastori Fillol 23

CAPÍTULO II

LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS EN EL MERCOSUR: ALGUNAS REFLEXIONES ENTORNO AL LAUDO 1/2007 DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN (*PROPORTIONALITY OF COUNTERMEASURES IN THE MERCOSUR: SOME REFLECTIONS ON THE DECISION 1/2007 OF THE PERMANENT REVIEW TRIBUNAL*)

Ignacio Jovtis 45

SEGUNDA PARTE RELACIONES EXTERIORES DEL MERCOSUR

CAPÍTULO I

EL TRANSREGIONALISMO EN LAS RELACIONES UNIÓN EUROPEA-MERCOSUR (*THE TRANSREGIONALISM IN THE RELATIONS EUROPEAN UNION-MERCOSUR*)

Zlata Drnas de Clément..... 65

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO II

UNIÓN EUROPEA Y REGIONALISMO MUNDIAL (*EUROPEAN UNION AND GLOBAL REGIONALISM*)

Heinz G. Preusse 79

CAPÍTULO III

¿ES LA UNIÓN DE NACIONES SUDAMERICANA UN PROYECTO VIABLE? (*IS THE SOUTH AMERICAN UNION OF NATIONS A FEASIBLE PROJECT?*)

Manuel Cienfuegos Mateo 101

CAPÍTULO IV

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE LA UNASUL. INSTITUCIONALIDAD Y CONVERGENCIA (*TOWARDS THE CONSTRUCTION OF THE UNASUL*)

Rita Marcela Gajate..... 139

TERCERA PARTE PERSPECTIVAS DE LA INTEGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL MERCOSUR

CAPÍTULO I

INCORPORACIÓN DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA AL MERCOSUR Y SU IMPACTO SUBREGIONAL (*VENEZUELA'S INCORPORATION AT MERCOSUR AND ITS SUBREGIONAL IMPACT*)

Noemí B. Mellado..... 163

CAPÍTULO II

CONSECUENCIAS DE LA SALIDA DE VENEZUELA DE LA CAN Y SU ENTRADA AL MERCOSUR (*CONSEQUENCES OF THE EXIT OF VENEZUELA OF THE CAN AND ITS ENTRANCE IN THE MERCOSUR*)

Heinz G. Preusse 181

CAPÍTULO III

UNIÓN EUROPEA, MERCOSUR Y DERECHO DEL MAR (*EUROPEAN UNION, MERCOSUR AND THE LAW OF THE SEA*)

Jorge Pueyo Losa..... 199

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO IV

EN TORNO A LAS NORMAS DEL MERCOSUR: CLASIFICACIÓN Y JERARQUÍA, INCORPORACIÓN, VIGENCIA (SIMULTÁNEA) Y DIFICULTADES CONSTITUCIONALES (*ABOUT THE NORMS OF THE MERCOSUR: CLASSIFICATION AND HIERARCHY, INCORPORATION, ENTRY INTO FORCE (SIMULTANEOUS) AND CONSTITUTIONAL DIFFICULTIES*)

Antonio Martínez Puñal 223

CAPÍTULO V

LIBERALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE SERVIÇOS NO MERCOSUL E NA COMUNIDADE ANDINA À LUZ DO ARTIGO V GATS (*LIBERALIZATION OF TRADE IN SERVICES IN THE MERCOSUR AND THE ANDEAN COMMUNITY IN THE LIGHT OF ARTICLE V GATS*)

Waldemar Hummer - Andrea Schmid251

CAPÍTULO VI

O PRIMADO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: DO ACÓRDÃO COSTA C. ENEL AO TRATADO DE LISBOA (*THE SUPREMACY OF THE LAW OF THE EUROPEAN UNION: FROM THE SENTENCE COSTA V. ENEL TO THE TREATY OF LISBON*)

Francisco Paes Marques..... 317

BLANCA

ACERCA DE LOS AUTORES

MANUEL CIENFUEGOS MATEO: Doctor en Derecho. Master en Derecho Europeo por el Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad Autónoma de Barcelona y el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Libre de Bruselas. Profesor Titular de Derecho Internacional Público (Instituciones de Derecho Comunitario) de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Director Adjunto del Observatorio de Relaciones con Latinoamérica. Autor de diversas monografías y estudios sobre la integración europea y las relaciones de la Unión Europea con América Latina.

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT: Catedrática de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

RITA MARCELA GAJATE: Especialista en Integración Latinoamericana. Docente e Investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Profesora de Derecho de la Integración en la Maestría en Integración Latinoamericana del Instituto de Integración Latinoamericana y Profesora adjunta de Economía Política de la misma Casa de Estudios.

WALDEMAR HUMMER: (Dr.Dr.Dr.) Catedrático de Derecho Internacional Público y de Derecho Comunitario en el Instituto para el Derecho Europeo y Derecho Internacional Público de la Universidad de Innsbruck, Austria; Coordinador del Proyecto EULATIN II del Programa ALFA II de la Comisión Europea. Autor de numerosas publicaciones sobre cuestiones jurídicas de la Integración Económica de América Latina y el Caribe.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

IGNACIO JOVTIS: Magister en Estudios Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Doctorando en Derecho, especialidad en Estudios Internacionales en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Asesor sobre las relaciones Unión Europea-MERCOSUR de ALOP (Asociación Latinoamericana de Organizaciones para la Promoción), oficina-Bruselas.

ANTONIO MARTÍNEZ PUÑAL: Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela-España. Director del Departamento de Derecho Público y Teoría del Estado en la Universidad de Santiago de Compostela (1992- 1999). Profesor Distinguido de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política, Diploma de 15 de enero de 1999.

NOEMÍ B. MELLADO: Especialista en Derecho de la Integración Económica. Prof. Titular de Economía Política, Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad Nacional del Noroeste de la Prov. de Buenos Aires. Prof. de Teoría de la Integración e Integración Latinoamericana. Directora del Instituto de Integración Latinoamericana. Directora de la Maestría en Integración Latinoamericana y Especialización en Políticas de Integración, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Investigador Categoría I, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la República Argentina.

FRANCISCO PAES MARQUES: Licenciado en Derecho (Universidad de Lisboa-Portugal). Master en Derecho (en curso). Mención honorífica Premio Jacques Delors (2004). Docente en las Cátedras de Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Europea (Universidad de Lisboa-Portugal).

ALEJANDRO PASTORI FILLOL: Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor adjunto de Derecho Internacional Público de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, en régimen especial de investigación para temas de derecho de la integración regional. Ex asesor jurídico de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

HEINZ G. PREUSSE: Profesor de Economía Política en la Facultad de Ciencias Economicas (Departamento de Economía Política) de la Universidad Eberhard Karls de Tübingen, Alemania. Principales enfoques: Economía Internacional, Globalización e Integración

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Regional, América Latina, América del Norte, Asia, Desarrollo Económico.

JORGE PUEYO LOSA: Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela (USC) (España). Catedrático Jean Monnet de Derecho de la Integración Europea (Comisión Europea). Ha sido Catedrático de Derecho Internacional Público de las Universidades de Extremadura y Cantabria (España); habiendo desempeñado diversos cargos académicos. Como Director del Grupo de Estudios Internacionales de la USC, viene coordinando importantes Proyectos de investigación, subvencionados por Instituciones Públicas (Ministerio de Educación y Ciencia, Comisión Europea).

ANDREA SCHMID: Doctorada en Derecho, especialidad en Derecho Internacional Público y de las Comunidades Europeas. Colaboradora científica en el Instituto de Derecho de las Comunidades Europeas y Derecho Internacional Público, Universidad de Innsbruck, Austria.

BLANCA

PRÓLOGO

Como sucesor del proyecto “*EULATIN I*” (Europa/Latino-américa - Integración Regional) dentro del programa *ALFA I B2* (América Latina - Formación Académica) de la Comisión de las Comunidades Europeas (1994-1999)¹, en el cual participaron tres Universidades europeas (de Austria, Alemania y España) y cuatro Universidades latinoamericanas (de Argentina, Chile y Uruguay), el nuevo proyecto “*EULATIN II*” (Europa/Latinoamérica - Integración Regional, Parte II)², iniciado en el marco del programa ALFA II de la Comisión de las Comunidades Europeas, fue aprobado por la Comisión Europea el 10 de mayo de 2005.

Se trata de una red universitaria más amplia que abarca siete Universidades europeas (Universidad de Innsbruck/Austria; Universidad de Trento/Italia; Universidad de Tübingen/Alemania; Universidad Pompeu Fabra/España; Universidad Santiago de Compostela/España; Universidade de Coimbra/Portugal; Universidade de Lisboa/Portugal) y seis latinoamericanas (Universidad de San Andrés/Argentina; FLACSO/Argentina; Universidad Nacional de Córdoba/Argentina; Universidad Nacional de La Plata/Argentina; Universidad de la República/Uruguay; UNINOVE/Brasil).

Ambos proyectos fueron desarrollados bajo la dirección del Prof. DDDr. *Waldemar Hummer* de la Universidad de Innsbruck/Austria. El “Kick-Off-Meeting” de “*EULATIN II*” tuvo lugar en la Universidad de Innsbruck del 22 al 25 de junio de 2005, en el cual se acordó una serie de proyectos muy alentadores de cooperación y de movilidad estudiantil y docente. La segunda reunión se realizó el 8 y 9 de

¹ Proyecto N° 5.0052.7; véase European Commission (ed.), *ALFA Directory of the projects approved during the first phase of the ALFA Programme 1994 - 1999* (2000), p. 525.

² Proyecto N° II-0477-FCD-FI.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

septiembre de 2006 en la sede de FLACSO/Buenos Aires. Al lado de esta reunión (técnica) se organizó el 11 y 12 de septiembre en la sede de la ALADI en Montevideo una primera *Jornada Científica* titulada “*El papel del derecho en la coyuntura del MERCOSUR*”, cuyas intervenciones fueron compaginadas después en el libro *Hummer, W. (editor), Mellado, N. B. (coordinadora), Cooperación y Conflicto en el MERCOSUR, M.E.L. Editor Córdoba/Argentina (2007), 244 páginas.*

La tercera reunión tuvo lugar en São Paulo/Brasil entre el 14 y 18 de setiembre de 2007, en el marco de la cuál se organizó en la Universidad de São Paulo entre el 17 y el 18 de septiembre la segunda *Jornada Científica* de “EULATIN II”. El presente libro *Hummer, W. (editor), Drnas de Clément, Z. (coordinadora), MERCOSUR y UNION EUROPEA, Lerner Editora S.R.L., Córdoba/Argentina (2008)* colecciona no solamente las intervenciones realizadas en el Simposio, sino también otras contribuciones científicas relacionadas con la temática en cuestión por parte de otros miembros de la red “EULATIN II” que querían aportar a la obra. Ambos volúmenes reflejan la familiaridad de los autores no solamente con los sistemas de integración económica en su propio continente, sino también con los esquemas elaborados en el otro continente respectivo. A la vez, demuestran una vez más la muy fructífera cooperación científica entre investigadores provenientes de ambos lados del Atlántico.

La obra que presentamos en esta oportunidad reúne doce trabajos, los que se estructuran sobre tres ejes de tratamiento: solución de controversias, relaciones exteriores del MERCOSUR y perspectivas de la integración de la Unión Europea y del MERCOSUR. Los aportes científicos se han ordenado buscando ir de lo general a lo especial en el tratamiento de los tópicos señalados.

El primer bloque, relativo a *Solución de Controversias*, incluye los trabajos de Alejandro Pastori Fillol e Ignacio Jovtis. Ambos abordan el análisis del mismo laudo del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (si bien desde distinta óptica), el que es destacable por representar la primera aplicación de medidas compensatorias por incumplimiento de los laudos de los tribunales arbitrales *ad hoc* del MERCOSUR, circunstancia relevante para ponderar la eficacia del mecanismo compensador.

El segundo bloque, referido a *Relaciones Exteriores del MERCOSUR*, incorpora los aportes de Zlata Drnas de Clément, Heinz Gert Preusse, Manuel Cienfuegos Mateo y Rita Marcela Gajate. El primero de los trabajos analiza el prolongado y difícil diálogo entre la Unión Europea y el MERCOSUR en búsqueda de un acuerdo de asociación interregional para el establecimiento de una zona de libre

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

comercio entre ambos bloques. La segunda presentación se centra en el análisis de las ventajas y desventajas del regionalismo abierto para MERCOSUR, NAFTA y ASEAN (con punto de referencia en la Unión Europea), contrastando las proclamaciones teóricas con la realidad práctica. Los dos últimos trabajos del bloque se ocupan de la Unión de Naciones Sudamericana (UNASUR), proceso de integración subcontinental con objetivos de amplio espectro (político, social, económico, ambiental, de infraestructura) y su viabilidad, proceso que implica la convergencia de MERCOSUR, CAN, Chile, Suriname y Guyana. Mientras el aporte de Manuel Cienfuegos Mateo se orienta a alcanzar conclusiones sobre la viabilidad del nuevo proceso, el de Rita Marcela Gajate se centra en la convergencia institucional, describiendo similitudes y diferencias básicas entre los bloques referidos.

El tercer conjunto de trabajos, dedicado a las *Perspectivas de la Integración de la Unión Europea y del Mercosur*, incluye los aportes de Noemí B. Mellado, Heinz Gert Preusse, Jorge Pueyo Losa, Antonio Martínez Puñal, Waldemar Hummer / Andrea Schmid y Francisco Paes Marques. Los dos primeros trabajos del bloque se ocupan de la incorporación de Venezuela al MERCOSUR. El trabajo de Noemí B. Mellado estudia el impacto regional a partir de la significación jurídica, económica y político-estratégica (incluida la cuestión energética) del ingreso de Venezuela. El trabajo de Heinz G. Preusse analiza aspectos políticos y económicos tanto de la salida de Venezuela de la CAN como del ingreso al MERCOSUR, ponderando los efectos sobre ambos sistemas subregionales, particularmente, atento a la incompatibilidad de las propuestas de Chávez con la concepción de regionalismo abierto, consagrada en los tratados constitucionales de CAN y MERCOSUR. La contribución de Jorge Pueyo Losa analiza las importantes perspectivas para el MERCOSUR que importan la defensa y revitalización de los intereses marítimo-pesqueros de sus Estados Partes y la conveniencia de incorporar a las realizaciones del MERCOSUR un sector como el de la pesca, mediante la planificación de una Política de Pesca Común (PPC). Antonio Martínez Puñal se ocupa de una de las grandes debilidades del MERCOSUR: su sistema normativo, destacando tres realidades: las deficiencias del sistema de la vigencia simultánea de las normas en los Estados Partes; la necesidad de reformas constitucionales; la urgencia de contar con un órgano judicial y un órgano con capacidad para exigir a los Estados el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el ámbito del MERCOSUR. El trabajo conjunto de Waldemar Hummer y Andrea Schmid aborda el estudio de la liberalización del comercio de servicios en el MERCOSUR y en la CAN, en base al Art. V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, tanto a nivel regional como sub-regional en el Cono Sur de América Latina, detenién-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

dose en la relación de tensión entre la liberalización universal y la regional o sub-regional y en el grado de integración regional y sub-regional alcanzado sobre el modelo “*stop-and-go*” (liberalización “GATS+”). Francisco Paes Marques busca echar luz al valor real de la inclusión en los sucesivos tratados constitucionales de la Unión Europea de la doctrina de la supremacía de las normas comunitarias y -frente a la elevada sensibilidad política del principio- estudia su condición de *soft* o *hard law*, actual o de futuro.

Es de observar que todos los trabajos han elegido cuestiones álgidas, de alta actualidad, aspectos que urgen en la vida contemporánea de los bloques de integración del Cono Sur americano y del bloque europeo, contribuyendo de esta manera a los objetivos de “*EULATIN II*”, como así también a los objetivos de ALFA. La obra es una manifestación del intenso diálogo alcanzado entre las comunidades académicas de la Unión Europea y de América Latina, base del desarrollo de mecanismos de cooperación inter-universitarios duraderos entre los Miembros de la Red.

Univ. Prof. DDDr. WALDEMAR HUMMER
Director del Proyecto EULATIN II
Editor de la publicación

Univ. Prof. Dra. ZLATA DRNAS DE CLÉMENT
Miembro de la Red
Coordinadora de la publicación

PRIMERA PARTE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

BLANCA

CAPÍTULO I

COMENTARIOS AL PRIMER LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR SOBRE LA APLICACIÓN EN EXCESO DE MEDIDAS COMPENSATORIAS

*(THE FIRST DECISION OF THE MERCOSUR PERMANENT RE-
VIEW TRIBUNAL REGARDING THE IMPOSITION OF RETALIA-
TION MEASURES IN EXCESS)*

Alejandro Pastori Fillo

RESUMEN:

El presente trabajo analiza los aspectos jurídicos más relevantes del laudo del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del MERCOSUR sobre la aplicación, por parte del Uruguay, de medidas compensatorias a la Argentina, y que fueran cuestionadas por ésta. En la especie, se trató de establecer por el Tribunal si la aplicación de dichas medidas uruguayas era proporcional al daño infringido por el incumplimiento argentino o si el Uruguay se había excedido en la aplicación de las contramedidas. El razonamiento del TPR procura llegar a conclusiones sobre este punto que permitan no sólo resolver el caso concreto planteado sino también establecer criterios objetivos aplicables en general a todos los casos similares. En esa tarea realiza una argumentación de neto corte integracionista, que en algunos aspectos resulta discutible.

PALABRAS-CLAVE:

MERCOSUR - solución de controversias - medidas compensatorias - retorsión - aplicación en exceso - proporcionalidad de las medidas.

ABSTRACT:

This article analyzes the legal aspects of the decision of the Tribunal,

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

the first ever adopted in relation with the imposition of retaliation measures in the framework of MERCOSUR. Argentina claimed that the Uruguayan measures are not proportional to the prejudice and that the retaliation is excessive. Besides giving solution to this specific case, the Tribunal tries to establish general criteria in this matter for future cases. In this task some of its particularly integrationist legal opinions are subject to discussion in this work.

KEY-WORDS:

MERCOSUR - settlement of disputes - countervailing measures - retaliation - imposition in excess - proportion of the measures.

SUMARIO: 1. *Importancia del Laudo.* 2. *Antecedentes del Laudo.* 3. *Argumentos argentinos.* 4. *Argumentos uruguayos.* 5. *Las apreciaciones del TPR y su fallo.* 6. *El Laudo del Tribunal y sus fundamentos.* 7. *Comentarios críticos al Laudo.* 7.1. *Errores normales de numeración del Laudo.* 7.2. *Aspectos de fondo discutibles: el TPR parte de un marco conceptual de la integración que es cuestionable para descartar a la equivalencia como rasgo determinante de la proporcionalidad de las medidas compensatorias.* 7.3. *El elemento más cuestionable de laudo: la introducción de la noción de daño institucional en el marco de las medidas compensatorias en el MERCOSUR.* *Conclusiones.*

1. Importancia del Laudo

La importancia de este laudo se sitúa en dos planos diferentes.

En primer lugar porque se trata de un tema relacionado con la primera aplicación de medidas compensatorias en el MERCOSUR. Como se sabe, éste es el mecanismo establecido en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR para los casos de incumplimiento de los laudos de sus Tribunales. Una prueba de fuego por tanto para evaluar la eficacia de un sistema indirecto de ejecución de laudos o sentencias que tiene muchos detractores.

En segundo lugar porque dichas medidas compensatorias han sido controvertidas por excesivas. Esta circunstancia ha implicado que en este laudo los árbitros hayan tenido la necesidad de plantearse si tal cosa era cierta y de justificar argumentalmente una posición al respecto que determine o no la pertinencia de las medidas compensatorias aplicadas, lo cual puede sentar determinada jurisprudencia en la materia, sobre la que es pertinente opinar.

El primer aspecto no será tratado directamente en este artículo.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Guarda relación con la eficacia del sistema de ejecución en sí mismo y nos remitimos a lo que hemos publicado al respecto sobre ejecución de sentencias y laudos en la integración y en el MERCOSUR¹.

El segundo aspecto en cambio, es decir el análisis mismo del contenido del laudo sobre aplicación en exceso de medidas compensatorias y los comentarios que el mismo sugiere, será el tema central de nuestro trabajo.

2. Antecedentes del laudo que se comenta

La controversia entre Argentina y Uruguay que lleva a la aplicación de medidas compensatorias por este último y al reclamo por exceso del primero, se produce por la adopción de la ley argentina 25.626 prohibiendo la importación de neumáticos incluidos en la Nomenclatura Común del MERCOSUR (en adelante NCM) con la clasificación 4012.10.00 -neumáticos recauchutados- y 4012.20.00 -neumáticos usados-.

Esta prohibición se hizo en dicha ley con carácter general, es decir sin discriminación de su origen extra o intra MERCOSUR, por considerar que la importación de los mismos afectaban al medio ambiente argentino y que por tanto era posible adoptar al respecto algún tipo de medidas restrictivas al libre comercio de dicho producto basándose en lo dispuesto por inciso d) del artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (recogido por el Anexo 1 del Tratado de Asunción), que se refiere a la “protección a la vida, salud de las personas, los animales y los vegetales”.

El Uruguay, que tenía una empresa dedicada al comercio de dichos productos hacia la Argentina que se veía directamente perjudicada, reclamó que la normativa argentina era incompatible con el Derecho del MERCOSUR y radicó la correspondiente demanda arbitral a través del Protocolo de Olivos. En primera instancia, el Tribunal *ad-hoc* (en adelante TAH) del MERCOSUR dictaminó que la norma argentina impugnada observaba los principios del derecho mercosureño (laudo del 25 de octubre de 2005; TAH 02/05 publicado en la página web del MERCOSUR). El Uruguay presentó un recurso de revisión ante dicho laudo, el cual dio lugar a una resolución del Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR) revocando

¹“La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional: análisis comparativo de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el MERCOSUR” en *Cuadernos de Integración Europea*, N° 5. Junio 2006. Valencia. España. Disponible en la página web www.cuadernosie.info.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

decisión del TAH, haciendo lugar al recurso y constatando que la ley argentina 25.626 violaba el Derecho del MERCOSUR. En función de ello, mandó a la Argentina a derogar o modificar dicha ley “por la vía institucional apropiada dentro del plazo de 120 días corridos” a partir del dictado del laudo en revisión (laudo del 20 de diciembre de 2005; N° 1/2005, disponible en la página web del MERCOSUR).

Transcurrido el plazo señalado en el laudo del TPR, el Uruguay consideró que la Argentina no había dado cumplimiento al mismo, pese a sus reiteradas solicitudes de ejecución. Frente a esta situación, decidió la aplicación de medidas compensatorias, tal como le habilitan los artículos 31 y 32 del Protocolo de Olivos (en adelante PO) así como los artículos 43 y 44 del Reglamento del PO. En concreto, dichas medidas consistieron en la fijación de una tasa global arancelaria del 16% a la importación de la Argentina de neumáticos clasificados en la NCM del MERCOSUR con la indicación 4011.10.00.00 y 4012.11.00.00 (neumáticos-llantas neumáticas). Tal medida fue adoptada a través del decreto 142/007 del 17 de abril de 2007.

Se percibe inmediatamente que la medida restrictiva uruguaya no tiene por objeto exactamente a los mismos productos que eran afectados por la ley argentina (neumáticos usados o recauchutados) sino que abarca a todos los neumáticos procedentes de dicho país, sin distinción. Indudablemente no es estrictamente una medida “espejo”. En función de ello, la Argentina entendió que las medidas compensatorias aplicadas por Uruguay fueron excesivas y solicitó al TPR, basado en el artículo 32 del PO, que se pronuncie sobre la proporcionalidad de las medidas compensatorias adoptadas por el Uruguay en relación con el incumplimiento del laudo 01/2005.

3. Argumentos argentinos

Aclara la Argentina desde el comienzo que no ha querido incumplir el laudo 1/2005 sino que tiene un retraso interno en la aprobación de una ley modificatoria de la 25.626.

Entiende, por lo demás, que las normas del MERCOSUR (PO) no establecen criterios para determinar lo que se considera “exceso”, y que tampoco hay antecedentes jurisprudenciales al respecto en el sistema, por lo cual éstos deberán ser determinados por el TPR en esta ocasión.

Considera la Argentina que la expresión “equivalentes” empleada en el artículo 31 del PO inciso 1 y 2, debe ser interpretada tal como se entiende en la Organización Mundial del Comercio (OMC): equivalencia entre la medida compensatoria y el perjuicio provocado. No deben por tanto las medidas compensatorias tener naturaleza punitiva.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Este es el punto central de la argumentación argentina: se deben aplicar a las medidas compensatorias los criterios rectores de la OMC que han sido inspiradores del PO.

El Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC (en adelante ESD), pregona esta equivalencia entre el daño y las medidas compensatorias, por lo cual la Argentina considera que el criterio para evaluar el nivel del perjuicio en este caso es el impacto sobre el valor de las importaciones, es decir el impacto sobre aquellas corrientes comerciales que existirían de no haberse dictado la medida.

La Argentina entiende que de acuerdo a los criterios sobre interpretación establecidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y que deben ser tenidos en cuenta por la remisión del artículo 34 del PO al Derecho Internacional, se determina que una naturaleza punitiva de las medidas de ejecución (como sucede en el sistema de la Unión Europea -en adelante UE- por ejemplo) sólo correspondería si hubiese un acuerdo expreso entre las Partes. No habiendo el mismo, tal delegación de soberanía no puede presumirse. Por ello no puede haber otra relación de proporcionalidad entre las medidas compensatorias y el cumplimiento del laudo, como indica Uruguay, que no sea la relación entre el daño provocado por el incumplimiento y la medida compensatoria (equivalencia como forma de evaluar la proporcionalidad).

Finalmente entiende la Argentina que tal como sucede en la OMC los daños deben considerarse (evaluarse) a partir de la fecha en que se incumple el laudo y no a partir de la fecha de adopción de la ley argentina.

En función de ello, considera la Argentina que las medidas compensatorias uruguayas han resultado excesivas y desproporcionadas respecto de las consecuencias del laudo 1/2005, calculando que las mismas afectan un flujo comercial 30 veces superior al afectado por la prohibición argentina, lo que no es acorde a derecho porque no es equivalente al daño producido y tiene carácter punitivo, por lo cual solicita al TPR que establezca el monto proporcionado de las medidas compensatorias que podría aplicar Uruguay en la especie, en función de la argumentación expuesta.

4. Argumentos uruguayos

El Uruguay destaca inicialmente que la Argentina reconoce el incumplimiento del laudo, agregando luego que en la medida en que éste es obligatorio, su falta constituye “una afectación a la esencia misma del proceso de integración”.

Entiende el Uruguay que las medidas compensatorias tienen

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

por objetivo que se acate el laudo a la vez que reducir el daño provocado. Por ello, no ve acertado fundar la argumentación sobre la proporcionalidad en la mera noción de equivalencia.

Por otro lado, interpreta diferente el término “equivalente” del artículo 32 del PO, el que entiende referido, en las medidas compensatorias, a las obligaciones y no al daño. Resulta claro a juicio del Uruguay que ni el ESD de la OMC ni su jurisprudencia son por tanto aplicables porque justamente la redacción respecto de la equivalencia es deliberadamente diferente en los respectivos artículos de ambos sistemas, no siendo posible ninguna analogía.

En cuanto a las medidas adoptadas, estima que son en el mismo sector en que se ha sufrido el perjuicio y que si se hubieran limitado al exacto ítem de la NCM en que se produjo la restricción argentina las mismas hubieran sido ineficaces y se hubiera frustrado el objeto de las medidas por la asimetría de los tamaños de las Partes. En cambio de esta forma se impone una tasa sin impedir el libre comercio y se logra una cierta proporcionalidad en la retorsión que es lo que la vuelve conducente.

Se apoya en los aspectos estrictamente comerciales, y sostiene que la medida de Argentina afectó el 0.30% del total de las exportaciones uruguayas a la Argentina mientras la medida uruguaya afectó al 0.07% del total de las exportaciones de la Argentina hacia el Uruguay. Y si se considerara la proporcionalidad sobre el total del comercio en los sectores comprometidos únicamente, la relación pasa a ser del 60% del comercio uruguayo que se ve afectado contra el 1% del argentino.

Finalmente el Uruguay menciona que no sólo se debe estar a los flujos del comercio afectados sino que el incumplimiento argentino y su actitud posterior afecta otros valores que inciden en la conformación de un proceso de integración.

Y agrega que deben tenerse en cuenta los daños a partir de la adopción de la ley argentina y no desde la determinación del incumplimiento del laudo.

Por todo lo cual el Uruguay entiende que las medidas no son excesivas de acuerdo a lo que dispone el PO.

5. Las apreciaciones del TPR y su fallo

El TPR destaca en primer lugar la importancia del caso en la medida en que es la primera vez que es llamado a expedirse sobre el tema de la proporcionalidad de las medidas compensatorias, aplicadas ante el incumplimiento de un laudo dictado por el propio Tribunal.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Adelanta que establecerá criterios para resolver este tipo de situaciones, para lo cual, agrega, resulta necesario realizar una apreciación global de la situación.

La misma conduce al TPR a destacar primeramente la semejanza conceptual entre el proceso del MERCOSUR y el de la Unión Europea y la Comunidad Andina, a diferencia de otros acuerdos de comercio. En el MERCOSUR se ha creado una “comunidad de intereses” en diversas áreas lo que no sucede en los acuerdos meramente de libre comercio. Valora asimismo el valor teleológico de interpretación de este tipo de tratados -basado en el cumplimiento de su objeto y fin-, citando fallos anteriores del TAH cuando éste menciona, en su primera decisión, que el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes (...) con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración. Entiende el TPR que este criterio de interpretación es más apropiado para no perder el sentido de la integración en su conjunto.

El razonamiento anterior ayuda al TPR a cerrar su tesis respecto de que en el MERCOSUR, no sólo se trata de equilibrios comerciales sino que hay otros factores, no menos importantes, que son parte de un proceso de integración y que se desprenden de la pertenencia de las Partes al mismo y que no están meramente ligados al libre comercio como en otros acuerdos comerciales, por ejemplo en la OMC.

Por ello concluye que es muy grave el incumplimiento de una sentencia (laudo) del TPR para todo el sistema, y que es una situación límite el que un país sea llevado a tener que imponer medidas compensatorias para obtener su cumplimiento. Entiende que eso afecta a todo el sistema y para reafirmar sus conceptos, el TPR no vacila en citar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), cuando ésta dice que “el desacato a una sentencia constituye la más grave ofensa de cuantas puedan ser inferidas al Ordenamiento Jurídico Comunitario, pues lo resquebraja en su esencia al desconocer valores como el del respeto del fallo que dirime una controversia en última instancia (...) tal situación es siempre y en todos los casos de una gravedad extrema” (Punto 8.4 del Laudo).

De la misma forma vuelve el TPR a citar y a hacer suyos comentarios del TJCA, cuando menciona en el Punto 8.5 del Laudo que “En palabras del TJCA, aplicables al MERCOSUR” (...) “cuando se desacata una sentencia no sólo se causa un daño particular o concreto que puede ser reparado con una medida compensatoria a favor de quién sufre el daño, sino que se agravia de manera super-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

lativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en un hecho que afecta a todos los Países Miembros, así como a los Órganos del Sistema al lesionar el proceso de integración”.

La conducta del Estado infractor “afecta uno de los pilares fundamentales en los que se asienta el proceso de integración”, para el caso el artículo 1 del Tratado de Asunción (en adelante TA), al impedir la libre circulación de mercaderías reconocida por el anterior laudo del TPR.

El Tribunal deja claro su razonamiento en este punto: el incumplimiento de un laudo va más allá del hecho en sí y compromete las bases mismas del proceso de integración. Para ello no ha vacilado en diferenciar el proceso del MERCOSUR de los tratados de libre comercio, entendiendo que se está en un proceso de integración, supuesto mucho más parecido a la UE o a la CAN, de la cual adopta como suya su propia jurisprudencia y normativa sobre el incumplimiento.

El Tribunal se aboca seguidamente a valorar el daño que una medida compensatoria tiende a revertir, señalando que, como ya demostró, la falta de observancia de un laudo afecta una diversidad de intereses que van más allá de los propios de los Estados Partes involucrados.

Como consecuencia de esto “y de la antes citada diferencia con la OMC y semejanza con la UE y la CAN” (Punto 10.1 del Laudo), el TPR adopta el criterio de valorar el daño que debe repararse en el MERCOSUR prescindiendo de las concesiones comerciales recíprocas (como sí se hace en la OMC), optándose en cambio por considerarlo de forma global incluyendo en dicho concepto tanto el daño comercial -el que amplía incluso a la noción de daño económico- como el daño que llama “institucional” y que guarda relación con todo lo mencionado en su razonamiento conceptual anterior.

Para justificar este razonamiento, el TPR no vacila en referirse a la práctica de la UE y en citar en su nota al pie 4 (contenida en el mismo Punto 10.1 del Laudo) los criterios que en su momento estableció la Comisión europea para fijar las sanciones que le corresponden al Estado que no cumple con una sentencia de incumplimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), a saber: la gravedad de la infracción, la duración de la misma, y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia.

De la misma forma continúa refiriéndose el TPR a la experiencia europea y al carácter específico de la sanción en dicho esquema de integración, que es a la vez hacer cumplir la sentencia y garantizar la aplicación del Derecho Comunitario.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Cita abundante jurisprudencia europea (notas al pie 5 a 8). Luego reafirma sus conceptos con jurisprudencia andina que marca también la posibilidad de castigar el mero hecho del incumplimiento independientemente del daño comercial (nota al pie 9).

Tras esta enumeración el TPR entiende suficientemente probado su punto respecto de la necesidad de cubrir tanto el daño económico como el institucional.

Se aboca por tanto a aplicar sus conceptos al caso concreto. En la especie considera que como mínimo las medidas compensatorias deben cubrir el daño comercial producido por el incumplimiento. Pero agrega luego que para garantizar la eficacia de la medida y la igualdad de los derechos y obligaciones de las Partes resulta necesario ponderar la medida en base al tamaño del Estado Parte afectado por la misma (Punto 10.7 del Laudo), de lo contrario podría ser preferible para el Estado omiso no cumplir con el laudo.

Entiende que esta forma de valorar la proporcionalidad y alcance de la medida compensatoria es coherente con lo dicho anteriormente respecto de la necesidad de tener en cuenta el daño institucional que provoca el incumplimiento (Punto 10.9 del Laudo).

Finalmente considera que no se ve afectada la proporcionalidad de una medida compensatoria por tener en cuenta para su aplicación el daño sufrido desde la fecha de la adopción del acto o medida nacional que ha sido luego declarado incompatible con el derecho mercosureño (para este caso, la fecha de adopción de la ley argentina).

Resulta claro que el TPR se inclina por la tesis de la proporcionalidad sustentada por Uruguay en aplicación de sus medidas compensatorias. Es interesante mencionar los aspectos medulares de su conclusión para su análisis posterior.

En la misma, el TPR realiza una suerte de síntesis de sus argumentos anteriores y la ratificación de los criterios que manejó: distingue al daño económico del daño institucional y establece que la fórmula evaluadora de la proporcionalidad de la medida compensatoria en estudio tendió a cubrir ambos rubros.

Describe al daño económico como más amplio que el daño comercial, lo que ya había mencionado sin precisar la diferencia, y ejemplifica ahora la distinción mencionando que el daño económico está integrado por el daño comercial y por otros componentes como “las cuestiones tales como las derivadas de las asimetrías en cuestión, las pertinentes escalas de economía, capacidad ociosa perdida, desempleo, costos hundidos, o inversiones perdidas”. Más adelante, desligado de esta enumeración vuelve a reiterar la importancia de tener en cuenta el factor económico-social de la pérdida de empleos.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En cuanto al daño institucional, el TPR entiende que “comporta otro factor de vital importancia en la evaluación de la proporcionalidad para casos como el presente, más todavía considerando que el incumplimiento se refiere precisamente al primer laudo emitido por este Tribunal desde su constitución”.

Concluye el TPR al respecto: “Con las distancias del caso ya que en la UE están prohibidas las medidas compensatorias, sin embargo los criterios mencionados en este laudo dados a conocer por la Comisión Europea en relación al sistema de cálculo de multas coercitivas son igualmente de plena aplicación al caso (gravidad de la infracción, duración de la misma y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia), para lo cual este Tribunal no necesita, en la realidad normativa actual, de ninguna delegación de soberanía”.

El fallo, luego de las consideraciones anteriores, no podía ser sino favorable a la posición uruguaya, y el Tribunal, por mayoría decide que la medida compensatoria uruguaya es proporcional y no excesiva en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo 1/2005, conforme a la normativa aplicable.

6. El Laudo del Tribunal y sus fundamentos

En el inicio del fundamento de su decisión, el TPR se llama a la tarea de determinar los criterios para determinar la proporcionalidad de las medidas compensatorias, tal como le manda hacer el PO en su artículo 32 cuando dice:

“El Tribunal se pronunciará sobre las medidas compensatorias adoptadas. Evaluará, según el caso, la fundamentación esgrimida para aplicarlas en un sector distinto al afectado, así como su proporcionalidad con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo.

Al analizar la proporcionalidad el Tribunal deberá tomar en consideración, entre otros elementos, el volumen y/o valor del comercio en el sector afectado, así como todo otro perjuicio o factor que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas compensatorias”.

Para llegar a tal determinación menciona primeramente que el MERCOSUR es un bloque regional consistente en un proceso de integración y no en un mero promotor de la liberalización comercial como lo es la OMC. Por lo tanto opina que no se pueden valorar los temas del MERCOSUR como un proceso de mero equilibrio entre las concesiones comerciales y económicas que los Estados se han otorgado, sino que se deben tener en cuenta los demás objetivos y

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

finés del proceso de integración, incluidos en el TA (Punto 7 del Laudo). Hace aquí referencias a la jurisprudencia anterior del TAH.

Seguidamente, en función de ello, determina que, el incumplimiento de un laudo no sólo le causa un perjuicio al Estado beneficiado por el laudo sino a toda la estabilidad y efectividad de las instituciones del MERCOSUR, pudiendo incluso tener un efecto contagioso sobre los Estados Partes, con lo cual el potencial perjudicial del hecho aumenta considerablemente (punto 8 de laudo). Menciona en este punto jurisprudencia del TJCA para reforzar sus dichos.

Establecido estos puntos de carácter conceptual e institucional, entiende entonces necesario pasar a valorar el daño que una medida compensatoria tiende a revertir a los fines de evaluar la solicitud argentina, pues ello será el barómetro para medir su proporcionalidad de acuerdo a lo que le solicita el PO en el artículo 32 (punto 9 del laudo).

Como consecuencia de ello, en primer lugar, el TPR descartará seguir para el caso “el criterio del mero equilibrio entre las concesiones comerciales recíprocas” aplicado por la OMC y se inclinará por las versiones seguidas por la CAN y la UE de optar por el daño “globalmente considerado, afín con la práctica de estas últimas dada su diferente naturaleza, objetivo y alcance”. Esta opción incluye al daño comercial pero no se limita a él, sino que debe incluir al daño económico (más amplio que el anterior) y al daño institucional. Para ilustrar estos conceptos indica profusa jurisprudencia del TJCE en casos similares y documentos de la Comisión europea.

En la práctica esto determina, para el TPR, que la medida compensatoria deberá cubrir como primer elemento de cálculo, aproximadamente el mismo monto pecuniario que los flujos comerciales perjudicados por el incumplimiento que es causa de la misma.

Esta concesión inicial a la teoría de la equivalencia como modo de evaluar la proporcionalidad de la medida es, como dijimos, sólo el primer elemento de valoración del daño que indica el TPR. Según se desprende del laudo, la equivalencia es el “piso” de las medidas compensatorias (el daño comercial), las que podrán ser eventualmente aumentadas, “a fin de garantizar la efectividad de la medida y la igualdad de los derechos y obligaciones de los Estados Partes, ponderando el tamaño del Estado Parte afectado por la misma”. (Punto 10.7 del Laudo). Esta referencia introduce un elemento novedoso (el tamaño relativo de las Partes) para considerar un aumento del valor de las medidas compensatorias.

El TPR agrega que la consideración del tamaño se justifica para evitar que esta diferencia pudiera neutralizar el objetivo inmediato de la medida, pero además para que la medida compensatoria pueda ser suficientemente persuasiva para el Estado remitente, a fin de inducirlo

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

a ajustar su conducta al ordenamiento mercosureño. (10.8 del laudo). Agrega finalmente que esta forma de valorar la proporcionalidad y alcance de la medida compensatoria es coherente con lo mencionado anteriormente sobre el perjuicio que representa para todo el sistema un desacato a una decisión jurisdiccional (10.9 del laudo).

Concluye el laudo luego de este razonamiento que la medida uruguaya ni siquiera cubre el daño comercial que sufrió el país. Cuanto menos el daño económico, constituido según el TPR, como se vio, por el daño comercial y todos los demás elementos tales como los derivados de las asimetrías en cuestión, las pertinentes escalas de las economías, capacidad ociosa perdida, desempleo y pérdida de empleos, costos hundidos, inversiones perdidas. Frente a esto reitera que “la equivalencia sustentada por la Argentina deviene manifiestamente improcedente al evaluarse la proporcionalidad de una medida compensatoria, dentro del marco del incumplimiento de un laudo emanado del tribunal comunitario en un bloque regional de integración”.

Finalmente, respecto del daño institucional, pese a que fue profusamente mencionado en los considerandos anteriores, e incluido como uno de los dos elementos del daño a ser considerados para la valoración de la proporcionalidad de las medidas compensatorias, el TPR se limita a reiterar su “vital importancia”.

Como único dato para su determinación, menciona el TPR que los criterios que ha mencionado en este laudo “dados a conocer por la Comisión Europea en relación al sistema de cálculo de multas coercitivas, son igualmente de plena aplicación al caso (gravedad de la infracción, duración de la misma y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia)”.

El TPR entiende además que para determinar la pertinencia de la aplicación de estos criterios de valoración no precisa, en la realidad normativa actual (del MERCOSUR) de ninguna delegación de soberanía expresa de las partes como lo sugería la Argentina (ver *supra*, argumentación de la Argentina).

También en respuesta a argumentaciones de las Partes el TPR entiende que el daño debe calcularse desde la fecha de la vigencia de la medida que incumple el laudo (para el caso la adopción por la Argentina de la ley 25.626) y no desde que la misma ha sido declarada ilegal por el TPR, en acuerdo por tanto con la posición uruguaya.

7. Cometarios críticos al laudo

Aunque resuelve acertadamente la controversia (el fallo es correcto), el laudo del TPR tiene, a nuestro juicio, algunos aspectos criticables como consecuencia de su particular línea argumental.

7.1. Errores formales de numeración del Laudo ²

Antes de entrar en los temas de fondo no se pueden dejar pasar por alto ciertos errores formales. El Laudo está estructuralmente dividido en capítulos identificados con números romanos, pero hay un error en la numeración: El Capítulo I es el “VISTO”, el II es “CONSIDERANDO” y luego pasa al IV “CONCLUSION”. Esta debió ser numerada con el III que no existe.

El capítulo II sobre el “Considerando” es el único que, por su extensión, se divide en diferentes numerales: 1, 2, 3...etc...hasta el 10. Sin embargo no existe numeral 4. El Laudo pasa del numeral 3 al numeral 5.

Se está emitiendo un laudo por parte de la más alta jerarquía jurisdiccional del MERCOSUR. A juicio de quién escribe estas líneas, con los medios informáticos existentes al día de hoy es poco serio que se emita y/o publique un laudo del TPR del MERCOSUR con este tipo de errores formales básicos.

7.2. Aspectos de fondo discutibles: el TPR parte de un marco conceptual de la integración que es cuestionable para descartar a la equivalencia como rasgo determinante de la proporcionalidad de las medidas compensatorias

El TPR justifica alejarse de la equivalencia como criterio rector de la proporcionalidad porque nos encontramos dentro de un proceso de integración con objetivos y fines similares a la CAN o a la UE. (7.2) y por tanto, merced a una interpretación teleológica, el daño dentro de estos procesos debe evaluarse con un criterio global, más amplio que el meramente comercial (10.1). Esto último está muy bien, pero no por la razón expuesta.

Por más que se pueden encontrar semejanzas entre los objetivos del MERCOSUR y los de los procesos de integración mencionados por el laudo, creemos que las mismas no pueden ni deben constituirse en la piedra angular del razonamiento del TPR en la especie. En efecto, también existen notorias diferencias entre los objetivos, fines y medios empleados en los procesos de integración señalados y el MERCOSUR, que hacen rebatible tal base de fundamentación. Baste con señalar que el MERCOSUR es un proceso claramente intergubernamental y los otros dos procesos mencionados son supranacionales, lo que cambia por completo la óptica jurídica a través de la cual se construye la integración. En particular las diferencias se agudizan

² Señalamos que disponemos de la copia del laudo que se publica en la página web del MERCOSUR.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

en el caso de la UE, y más notoriamente respecto del sistema de solución de diferencias y sus normas.

Como consecuencia de lo antedicho, no creemos correcto que el fundamento del fallo parta de un supuesto discutible y a partir de allí construya todo el razonamiento jurídico como lo hace el laudo, con profuso apoyo de normativa y jurisprudencia de la CAN y la UE que cita y toma como propia.

Una interpretación teleológica de las normas puede ser bienvenida en los tratados de integración, como señala el laudo (7.3 y 7.4), pero esto no le puede llevar a fundamentar todo un razonamiento en una similitud jurídica o conceptual que no existe en los hechos. Admitamos sí que una interpretación de esa índole puede ser pertinente en el caso, pero únicamente para ayudarnos a encontrar una valoración de la proporcionalidad acorde al sistema instituido en el MERCOSUR, su sistema normativo, sus objetivos, fines y medios, pero sin asimilaciones a sistemas que no le son comparables sin que se levanten justificadas objeciones.

Veamos el punto en concreto. El TPR descarta el criterio de la equivalencia en la aplicación de medidas compensatorias que sostiene la Argentina. Reiteramos que creemos que es lo correcto, pero que la fundamentación es equivocada.

En efecto el TPR no descarta a la equivalencia apoyándose en el principal argumento de texto que le brinda el Uruguay, sobre el que no emite opinión, sino que lo hace, como vimos, a través de otros argumentos generales (y opinables) relacionados con el derecho comparado, con la esencia del proceso de integración, y con la naturaleza de las medidas compensatorias y la efectividad de las mismas.

No se entiende bien el porqué de este giro del razonamiento. Quizás el TPR consideraba los argumentos generales como de gran importancia (ya volveremos sobre ello), pero eso no le eximía de considerar los argumentos de texto.

Quizás la explicación esté en la referencia del propio TPR a preferir en el caso “una valoración teleológica de las obligaciones de las Partes”, en el ámbito “de los fines y principios del sistema del TA” (Laudo 7.3 y 7.4). Esto podría en parte explicar este deseo de evitar los argumentos basados en el texto, en favor de consideraciones más conceptuales. Pero nos parece que eso es llevar demasiado lejos el alcance de dicho criterio de interpretación, desviándose de las normas de interpretación de los tratados fijadas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados de 1969 (artículos 31 y ss).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En definitiva, no parece demasiado compartible que el TPR no mencione como fundamento de su decisión el obvio argumento de texto que le proporciona Uruguay cuando le dice que la expresión “equivalentes” está referida en el artículo 31 del PO a las “obligaciones”, las cuales deberán ser equivalentes a las “concesiones”, y **no** a la equivalencia entre el daño y las medidas compensatorias. Basta con leer el artículo para comprobar que esto es así, sin buscar otro fundamento basado en aspectos conceptuales opinables sobre los procesos de integración.

Concretamente, dice el PO en su artículo 31:

*“1. Si un Estado parte en la controversia no cumpliera total o parcialmente el laudo del Tribunal Arbitral, la otra parte en la controversia tendrá la facultad (...) de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, **tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes**, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo.*

*2. El Estado Parte beneficiado por el laudo procurará, en primer lugar, **suspender las concesiones u obligaciones equivalentes** en el mismo sector o sectores afectados. En el caso que considere impracticable o ineficaz la suspensión en el mismo sector, podrá **suspender concesiones u obligaciones** en otro sector, debiendo indicar las razones que fundamentan esa decisión. (subrayados nuestros).*

La simple lectura del artículo ya rebate toda la argumentación argentina basada en la noción de equivalencia sin necesidad de buscar mayor abundamiento.

Por si esto fuera poco, el propio PO en el artículo 32 es también bastante claro en su texto respecto de la discrecionalidad del Tribunal para considerar factores ajenos a la equivalencia para darle contenido a la noción de proporcionalidad, no debiendo irse demasiado lejos, ni buscar argumentos filosóficos relacionados con la integración, para concluir en tal sentido.

En efecto, el artículo 32.2 del PO menciona que:

El Tribunal se pronunciará sobre las medidas compensatorias adoptadas. Evaluará, según el caso, la fundamentación esgrimida para aplicarlas en un sector distinto al afectado, así como su proporcionalidad con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo.

*Al analizar la proporcionalidad el Tribunal deberá tomar en consideración, entre otros elementos, el volumen y/o valor del comercio en el sector afectado, **así como todo otro perjuicio o factor que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas compensatorias.***

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Por otro lado, la Argentina sostiene que la noción de equivalencia incluida en el PO (que no es tal como vimos), es similar a la establecida en la OMC y que por tanto hay que seguir lo que esta organización y su jurisprudencia indica sobre el punto (Laudo 3.1.3).

Pero, en realidad, si uno lee la disposición del ESD de la OMC, puede comprobar que la redacción es diferente a la del PO y que la comparación es imposible. Dice el ESD de la OMC en su artículo 22.4:

*“El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) **será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo**”* (subrayado nuestro).

Acá la relación de equivalencia entre la suspensión de concesiones y el menoscabo está claramente establecida, a diferencia de lo que vimos que sucede en el PO.

Pero tal parece que en su razonamiento el TPR ha sido en esta controversia alérgico a remitirse a los textos para fundamentar sus conclusiones pues no hace referencia a este artículo.

Y aunque sí descarta basarse en los criterios de la OMC no lo hace por el obvio argumento de texto señalado sino que lo hace, como se vio, por los criterios y fundamentos relacionados con la distinta esencia de los procesos de integración y de los tratados de libre comercio. Pero esto no era necesario, pues bastaba con remitirse al argumento de texto señalado en el literal anterior. No era necesario crear la oposición OMC-Bloques de integración para descartar la aplicación de la norma del ESD de la OMC.

Lo interesante es que en su argumentación relativa a esta disyuntiva el TPR no ha ido *contra legem*, es decir contrariando las normas vigentes aplicables. El resultado al que llega es el mismo (la equivalencia debe ser descartada a favor de una proporcionalidad ponderada en función del daño real), que aquel al que se llegaría aplicando razonablemente los textos que vimos. Pero el hecho de no utilizar las normas que tenía a su alcance y por el contrario basar su razonamiento en otras consideraciones más generales y opinables puede, a futuro, hacerle perder peso a su jurisprudencia.

A diferencia de lo que el TPR pensó, no le agrega fuerza a su decisión la valoración teleológica, no la hace más inmune al paso del tiempo, no por ser más “conceptual” en el sentido empleado por el Laudo se constituirá en un criterio menos rebatible. No por ser más “comunitarista” se hará menos precedera. En realidad creemos todo lo contrario: el haber omitido considerar e interpretar las normas específicas aplicables hace que se corra el riesgo de que, el día de mañana, si las consideraciones conceptuales no se comparten, este

laudo no aporte demasiado respecto de la relación entre los criterios de equivalencia y proporcionalidad en referencia con la aplicación de medidas compensatorias en el MERCOSUR.

7.3. El elemento más cuestionable de laudo: la introducción de la noción de daño institucional en el marco de las medidas compensatorias en el MERCOSUR

Para buscar determinar los criterios que deben efectivamente emplearse para determinar la proporcionalidad de las medidas compensatorias, el TPR entiende que resulta esencial “valorar el daño que una medida compensatoria tiende a revertir, pues ello será el barómetro para medir su proporcionalidad”. Ya vimos que el TPR descartó al mero daño comercial como factor de valoración apropiado, al descartar la aplicación del criterio de la equivalencia.

Entonces, el TPR introduce la idea de que la proporcionalidad debe incluir al daño económico (más amplio que el comercial, como ya se vio), lo cual es bien conteste con las pautas que le marca el artículo 32 del PO, pero establece además la noción de “daño institucional”, que sería una forma de sanción adicional al Estado incumplidor por la afectación que significó el pecado de su incumplimiento de un laudo a todo el sistema de integración, y que puede (y debe) ser tenido en cuenta para calcular la proporcionalidad de la medida compensatoria. Para justificar esta noción el TPR se basa en las normas y jurisprudencia de la UE y de la CAN.

¿Es esto correcto? ¿Es posible asimilar el MERCOSUR a la CAN y a la UE citando su jurisprudencia y sus mecanismos de ejecución de sentencias (que no son medidas compensatorias) para llegar a concebir la noción de un daño institucional en el MERCOSUR, de naturaleza punitiva, y elaborar la necesidad o pertinencia de que el mismo se tenga en cuenta por el Tribunal (y por las Partes, suponemos) en la imposición de medidas compensatorias o en la valoración de su pertinencia o exceso?

No es a nuestro juicio correcto admitir un daño institucional adicional basado en los argumentos que da el TPR, esencialmente tomados del sistema de ejecución de sentencias de la UE.

El sistema de ejecución de sentencias de incumplimiento del TJCE prohíbe específicamente las medidas compensatorias e implementa un mecanismo donde la acción de un órgano comunitario –la Comisión- que no tiene equivalente en el MERCOSUR, resulta decisiva. El sistema europeo de ejecución de sentencias está descentralizado, es comunitario, no lo manejan las Partes, lo maneja de oficio la Comisión y lo resuelve el TJCE.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En dicho sistema, sancionatorio y punitivo a la vez, la multa coercitiva que se impone al infractor (y que se agrega a la suma a tanto alzado) viene propuesta por la Comisión, tras un largo proceso administrativo donde el Estado tiene varias instancias para cumplir, y es impuesta por el TJCE recién en última instancia. Las Partes no tienen arte ni parte en su determinación. La valoración del llamado daño institucional es hecha originalmente por órganos comunitarios. Por ello es que en ese marco es sensato hablar de tener en cuenta el efecto disuasorio de la sanción a través de una multa. Se defiende por los órganos comunitarios la aplicación del derecho comunitario y a través de ello al sistema todo.

En cambio, en un sistema manejado por la voluntad de las Partes en conflicto, como es el MERCOSUR, donde el mecanismo indirecto de ejecución son las medidas compensatorias, de imposición no obligatoria, no puede implementarse fácilmente una sanción adicional cuyo objeto sea el efecto disuasorio para evitar la reincidencia del incumplimiento en todo el sistema.

Esto porque las medidas compensatorias son una forma de sanción institucionalizada pero entre los Estados involucrados solamente y manejada discrecionalmente por ellas. Si no se imponen medidas compensatorias, en el sistema del MERCOSUR, no hay órgano que vele por el interés comunitario y pueda sugerir imponer sanciones.

Imaginemos la práctica: ¿cómo haría en nuestro sistema una Parte perjudicada para determinar el *quantum* de daño institucional que corresponde agregar a la medida compensatoria que va a aplicar? ¿Es un porcentaje del daño comercial sufrido? ¿Una parte del daño económico sufrido? ¿Una proporción en función del PBI del país infractor? ¿Una suma fija que se establecía de antemano por el sistema?

Es altamente dudoso que los criterios contenidos en la Comunicación de la Comisión (que de hecho es una Resolución interna, una guía para la propia Comisión que es la que propondrá el monto de las sanciones), y que menciona el laudo como válidos para el MERCOSUR, puedan ser transpuestos efectivamente al MERCOSUR actual. Al menos no podrían en los hechos ser contemplados por las Partes, porque éstas no pueden ser a la vez juez y parte. Para el caso, un Estado damnificado por el incumplimiento no va ser quién califique objetivamente estos criterios, sino que tenderá a sobredimensionarlos.

Y eso redundaría en que siempre se impondrían medidas compensatorias superiores al daño económico, las que serían naturalmente cuestionadas ante el TPR. Sería éste el que debería entonces

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

enfrentarse a la dura tarea de evaluar económicamente el daño institucional según los criterios ahora señalados, en función de cada caso. Debemos pensar que de esa jurisprudencia quizás pudiera en el futuro surgir algún parámetro más concreto sobre la reparación que se debe “cobrar” por concepto de daño institucional, para que las Partes lo puedan tener en cuenta a la hora de imponer medidas compensatorias y así medir la proporcionalidad de la misma.

Pero no nos parece esto posible en el estado actual del MERCOSUR. La ausencia de un órgano comunitario imparcial complica enormemente el funcionamiento de un sistema de esa naturaleza que quedaría librado solo al impulso de las Partes y a la respuesta del Tribunal, lo que desvirtúa la naturaleza de “daño institucional” que se pretende. Quiérase o no, el MERCOSUR es un proceso de integración pero con un sistema de solución de conflictos propio de un acuerdo de libre comercio, apenas mejorado, y sin derecho ni órganos comunitarios, lo que complica no sólo la existencia de la noción de daño institucional sino en particular su aplicación efectiva.

Baste con pensarse que si se aceptara la existencia y aplicación de un “daño institucional” en el MERCOSUR (o sea un daño basado en la afectación a la credibilidad de todo el sistema) porque un país incumple un laudo, se tendría entonces por lógica que permitir también que los demás países o el propio MERCOSUR estuvieran legitimados para accionar contra el Estado incumplidor del laudo para “cobrarse” lo referido a ese daño, pues ellos también han sufrido el perjuicio “institucional”. Una verdadera “*actio popularis*” intra MERCOSUR. Es obvio que esto no se sostiene en tanto no exista un órgano comunitario (no intergubernamental) que tenga por función el velar por la aplicación del derecho comunitario (diferente al GMC que es intergubernamental, y en cambio similar a la Comisión europea) con tareas específicamente delimitadas en materia de control de ejecución del Derecho del MERCOSUR.

En el presente laudo, el TPR ha procurado fundamentar, con argumentos extraídos de otros sistemas e inaplicables según vimos, la necesidad de tener en cuenta al daño institucional como parte de la proporcionalidad de la medida compensatoria, pero lo cierto es que no sólo sus argumentos jurídicos no convencen sino que no ha determinado cómo se puede valorar el daño institucional que implementa.

Se ha limitado como vimos a remitirse, y a hacer suya, la Comunicación de la Comisión de la UE que estableció tres criterios respecto de la evaluación de las sanciones que deben imponerse en la Unión Europea **para todo tipo de perjuicio derivado de la falta de ejecución de una sentencia** (es decir no sólo por concepto de

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

daño institucional –en tanto mero castigo al incumplimiento- sino también por el daño económico real que dicho incumplimiento ha causado). Dice la Comisión “*el importe debe calcularse en función de tres criterios fundamentales: la gravedad de la infracción, la duración de la misma y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia*”. O sea que la remisión a estos criterios no solo no es enteramente aplicable al daño institucional, ni aún en la UE y por tanto es una transposición que no corresponde. (Solo el tercer criterio podría ser aplicable al daño institucional).

También vincula el TPR al daño institucional con la diferencia de tamaño de las Partes sin establecer parámetro alguno de referencia.

Conclusiones

* El laudo establece acertadamente que la proporcionalidad de las medidas compensatorias no debe necesariamente guardar una relación directa con la equivalencia. Las medidas pueden ser mayores en función del conjunto de daños económicos, los que son más amplios que los meramente comerciales. Apropiadamente entiende que la equivalencia comercial es solo el piso de la proporcionalidad de una medida compensatoria.

* Agrega además que es necesario tener en cuenta el tamaño de las Partes para valorar la proporcionalidad de una medida lo cual es un criterio entendible, aceptable y compartible en el marco de su razonamiento anterior.

Estos dos puntos constituyen su mayor aporte.

* Por otro lado el laudo adolece de una inclinación comunitarista que no se ajusta a la realidad actual del MERCOSUR. Esto le lleva a buscar argumentos basándose en el derecho comunitario europeo y andino, pese a que pudo llegar, en algunos casos, a iguales conclusiones con la aplicación de las normas del MERCOSUR.

* Este ha sido el caso de su fundamentación respecto del primero de los puntos mencionados en estas conclusiones. Su argumentación se debilita por partir de un punto de partida discutible, lo cual le quita la fuerza que como jurisprudencia puede lograr una resolución del TPR.

* En este mismo sentido de exacerbado espíritu comunitario, el laudo del TPR indica que al daño económico se le debe sumar el daño institucional, constituido por el daño que el propio hecho del incumplimiento le genera a todo el sistema de integración.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Esta noción de carácter punitivo, importada de la UE no es explicitada por el laudo, ni aplicada al caso concreto. Sólo se menciona su “vital importancia en la evaluación de la proporcionalidad de las medidas” y se transcriben criterios europeos para la aplicación de sanciones que no son del todo transferibles al concepto que se introduce. La transposición del derecho comunitario europeo al derecho del MERCOSUR, por las diferencias institucionales y jurídicas entre ambos sistemas vuelve a nuestro juicio inviable la aplicación práctica de este concepto en el MERCOSUR en materia de medidas compensatorias y debe ser descartado.

BLANCA

CAPÍTULO II

LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS EN EL MERCOSUR: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL LAUDO 1/2007 DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

***(PROPORTIONALITY OF COUNTERMEASURES IN THE
MERCOSUR: SOME REFLECTIONS ON THE DECISION 1/2007
OF THE PERMANENT REVIEW TRIBUNAL)***

Ignacio Jovtis

RESUMEN:

Este trabajo analiza los razonamientos del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en el laudo núm. 1/2007 para ponderar como proporcionales las medidas compensatorias adoptadas por Uruguay como consecuencia del incumplimiento de un laudo por parte de Argentina. El Tribunal califica al MERCOSUR como 'proceso de integración', lo que habilita a aplicar al caso los antecedentes de la UE y de la Comunidad Andina, y rechazar la aplicación de la jurisprudencia de la OMC. Se valora como positivo el pronunciamiento del Tribunal con la salvedad de que, si bien el MERCOSUR es más que un promotor de liberalización comercial, muchas de sus características no son aún equiparables a las de aquellos procesos.

PALABRAS CLAVE:

Tribunal Permanente Revisión del MERCOSUR - incumplimiento de laudo - proporcionalidad - medidas compensatorias - proceso de integración.

ABSTRACT:

This paper analyzes the arguments given by the MERCOSUR Permanent Review Tribunal in the award N° 1/2007 for pondering as proportional the

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

countermeasures adopted by Uruguay as a consequence of the breach of an award by Argentina. The Tribunal gives MERCOSUR the qualification of an 'integration process' that entitles it to apply EU and Andean Community antecedents, and reject application of WTO's jurisprudence. The Tribunal's reasoning is assessed positively although, even if MERCOSUR is more than a trade liberalization promoter, many of its characteristics are not yet comparable to those of the EU and Andean Community processes.

KEY WORDS:

MERCOSUR Permanent Review Tribunal - breach of award - proportionality - countermeasures - integration process.

SUMARIO: *INTRODUCCION. Antecedentes y marco jurídico. I. MARCO CONCEPTUAL DE LA CONTROVERSIA: EL MERCOSUR COMO PROCESO DE INTEGRACIÓN Y NO COMO ÁREA DE PREFERENCIAS ARANCELARIAS. A. Efectos del incumplimiento de un laudo del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. B. Finalidad de la medida compensatoria. Justificación para la recepción de jurisprudencia comunitaria. II. DETERMINACIÓN SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA COMPENSATORIA. A. Características de la medida compensatoria y alcance del daño que tiende a revertir. B. La resolución del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. III. ALGUNAS CUESTIONES ADICIONALES DE INTERÉS TRATADAS EN EL LAUDO. CONCLUSIONES.*

Introducción. Antecedentes y marco jurídico

En el laudo núm. 1/2007 del 8 de junio de 2007, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR, en lo sucesivo) se expide por primera vez sobre el alcance y el criterio que debe aplicarse para determinar la proporcionalidad de las medidas compensatorias adoptadas por un Estado como consecuencia del incumplimiento de un laudo por parte de otro Estado. Concretamente, el órgano arbitral resuelve que las medidas compensatorias adoptadas por Uruguay ante la falta de acatamiento de Argentina de un pronunciamiento anterior del TPR, son adecuadas y proporcionadas.

Los antecedentes de hecho se remontan al año 2002, cuando Argentina, mediante la ley 25.626¹ y alegando motivos de protec-

¹ La ley 25.626 se encuentra disponible en <http://www.boletinoficial.gov.ar/bora.portal/PrimeraSecci%C3%B3n/BusquedaRapida/tabid/81/Default.aspx>. Los neumáticos comprendidos en la norma son los de los ítems arancelarios de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM,

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ción ambiental y seguridad vial, decidió prohibir la importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay. Esta situación dio lugar a que el gobierno uruguayo, conforme los canales jurisdiccionales establecidos en el Protocolo de Olivos (PO, en lo sucesivo), inicie un procedimiento arbitral contra el Estado argentino por considerar que dicha ley era contraria al derecho del MERCOSUR, al impedir el libre comercio de los bienes en cuestión.

En primera instancia, el 25 de octubre de 2005, el Tribunal *Ad Hoc* (TAH, en lo sucesivo) se pronunció rechazando la petición uruguaya, determinando que la norma impugnada era conforme al derecho mercosureño y por tanto, no debía ser derogada ni modificada². Por tal motivo, Uruguay interpuso recurso ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, el cual, mediante el laudo núm. 1/2005 de fecha 20 de diciembre de 2005, revocó la decisión de primera instancia, hizo lugar a la solicitud del gobierno uruguayo y estableció que la ley 25.626 infringía el derecho comunitario, ordenando su derogación o modificación.

El laudo núm. 1/2005, el cual constituye el primer pronunciamiento del TPR, utilizó numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, en lo sucesivo) y centró el debate jurídico no tanto en el principio de libre comercio en el MERCOSUR (que fue reconocido y no discutido por las partes), sino más bien en los criterios para la invocación de excepciones a dicho principio. En este sentido, Argentina pretendía justificar la medida adoptada en las excepciones previstas art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980, entroncadas en el Anexo I del Tratado de Asunción (art. 2 inc. b); la defensa argentina alegó que los neumáticos remol-

en lo sucesivo) 4012.10.00 (neumáticos -llantas neumáticas- recauchutados) y 4012.20.00 (neumáticos -llantas neumáticas- usados).

Recientemente, el Senado argentino ha sancionado un proyecto de ley en revisión por el cual se modifica la Ley 25.626, sobre prohibición de la importación de neumáticos remoldeados y usados (referencia 0057-S-2007 del 23 de mayo de 2007) estableciendo nuevos criterios para la prohibición de dichos bienes. El proyecto de ley en revisión se encuentra disponible en http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2007/TP2007/2007_tp057.htm.

² Este no es el primer laudo que resuelve controversias entre los Estados del MERCOSUR vinculadas a neumáticos remoldeados. Ya existía un antecedente en el laudo VI del TAH del 9 de enero de 2002 que resuelve la controversia presentada por Uruguay contra Brasil sobre la prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

deados eran residuos peligrosos por su difícil y onerosa disposición final y que podrían causar daños medioambientales³.

Por su parte, el TPR sostuvo que la prohibición de importación de dichos neumáticos procedentes de Uruguay, constituía una medida restrictiva y discriminadora al libre comercio y que si fuera justificada, habría que considerar la proporcionalidad, debiendo ser evaluada con criterio restrictivo. Finalmente, y acogiendo la tesis uruguaya, sostuvo que la medida argentina también era desproporcionada frente a un producto, neumático remoldeado, que no es un desecho ni un neumático usado⁴. Dicha resolución fue objeto de recurso de aclaratoria (laudo núm. 1/2006 del 13 de enero de 2006), el cual fue denegado por el órgano arbitral.

Posteriormente, considerando que Argentina no daba cumplimien-

³ Específicamente, Argentina invocó las excepciones de los incisos b) y d) del art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI) el cual establece que *“ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:*

a) Protección de la moralidad pública;

b) Aplicación de leyes de reglamentos de seguridad;

c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones, y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares;

d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;

e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;

f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y

g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear”.

Asimismo, vid. sobre el tema ROCCO, M., *Solución de controversias en el MERCOSUR: Controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina por la “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados”*, La Plata, CALP, 2006, disponible en <http://www.calp.org.ar/producciones.asp>

⁴ El laudo núm. 1/2005 se pronuncia también sobre la imposibilidad de invertir la carga de la prueba en derecho de la integración, en alegaciones vinculadas a excepciones de libre comercio. Asimismo, hace algunas consideraciones respecto a la aplicabilidad del estoppel al caso objeto del litigio, entendiendo que dicho concepto, al ser ajeno y no originario del derecho de integración, debe ser aplicable como último recurso a solución de controversias en procesos de estas características. Finalmente, interesa destacar los términos duros con los que el TPR se refiere al TAH, poniendo en duda incluso la solvencia jurídica de dicho órgano.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

to a lo ordenado por el TPR al no derogar ni modificar la ley 25.626, y fundándose en el art. 31 PO respecto a la facultad de aplicar medidas compensatorias⁵, el gobierno uruguayo dictó el Decreto 142/007, mediante el cual se fija una tasa global arancelaria del 16% a la importación de la Argentina de determinados neumáticos⁶.

En respuesta a esta medida, el gobierno argentino se presentó ante el Tribunal Permanente de Revisión entendiéndolo que las medidas compensatorias aplicadas por Uruguay eran excesivas y provocaban el desvío del comercio en beneficio de Brasil y China. En consecuencia, pide al TPR que se pronuncie sobre la proporcionalidad de dichas medidas solicitando las declare inadecuadas y desproporcionadas. Ello en virtud de los arts. 32 inciso 2 del PO y 44 del Reglamento del Protocolo de Olivos que habilitan al Estado Parte obligado a cumplir el laudo y que considere excesivas las medidas compensatorias aplicadas, a recurrir ante el Tribunal para que se pronuncie al respecto⁷.

⁵ El artículo 31 del PO establece: “1. Si un Estado parte en la controversia no cumpliera total o parcialmente el laudo del Tribunal Arbitral, la otra parte en la controversia tendrá la facultad, durante el plazo de un (1) año, contado a partir del día siguiente al que venció el plazo referido en el artículo 29.1, e independientemente de recurrir a los procedimientos del artículo 30, de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo.

2. El Estado Parte beneficiado por el laudo procurará, en primer lugar, suspender las concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados. En el caso que considere impracticable o ineficaz la suspensión en el mismo sector, podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector, debiendo indicar las razones que fundamentan esa decisión.

3. Las medidas compensatorias a ser tomadas deberán ser informadas formalmente, por el Estado Parte que las aplicará, con una anticipación mínima de quince (15) días, al Estado Parte que debe cumplir el laudo”.

Completan el marco normativo de esta controversia el art. 32 del PO y los arts. 43 y 44 del Reglamento del PO.

⁶ El Decreto 142/007 se encuentra disponible en http://www.presidencia.gub.uy/_web/decretos/2007/04/CM272_16%2003%202007_00001.PDF. Los neumáticos comprendidos en el decreto son los de ítems arancelario de la NCM 4011.10.00.00 (neumáticos-llantas neumáticas-nuevos de caucho de los tipos utilizados en automóviles de turismo incluidos los del tipo familiar [break] o [station wagon] y los de carreras); y 4012.11.00.00 (neumáticos-llantas neumáticas-recauchutados de los del tipo familiar [break] o [station wagon] y los de carreras).

⁷ El art. 32 del PO establece:

“1. Si el Estado Parte beneficiado por el laudo aplicara medidas compensatorias por considerar insuficiente el cumplimiento del mismo, pero el

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Es en este contexto, que el 8 de junio de 2007 se dicta el laudo núm. 1/2007 que nos toca comentar y en el que se determina que las medidas compensatorias implementadas por Uruguay contenidas en el Decreto 142/007 son proporcionales y no excesivas en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte de Argentina del laudo núm. 1/2005.

La importancia de la resolución se manifiesta en múltiples aspectos. En primer lugar, se trata del cuarto laudo emitido por este Tribunal desde su constitución, por lo que, al igual que en los tres

Estado Parte obligado a cumplirlo estimara que las medidas que adoptó son satisfactorias, este último tendrá un plazo de quince (15) días contados desde la notificación prevista en el artículo 31.3, para llevar la situación a consideración del Tribunal Arbitral Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión, según corresponda, el cual tendrá un plazo de treinta (30) días desde su constitución para pronunciarse al respecto.

2. En caso que el Estado Parte obligado a cumplir el laudo considere excesivas las medidas compensatorias aplicadas, podrá solicitar, hasta quince (15) días después de la aplicación de esas medidas, que el Tribunal Ad Hoc o el Tribunal Permanente de Revisión, según corresponda, se pronuncie al respecto, en un plazo no superior a treinta (30) días a partir de su constitución.

i) El Tribunal se pronunciará sobre las medidas compensatorias adoptadas. Evaluará, según el caso, la fundamentación esgrimida para aplicarlas en un sector distinto al afectado, así como su proporcionalidad con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo.

ii) Al analizar la proporcionalidad el Tribunal deberá tomar en consideración, entre otros elementos, el volumen y/o valor del comercio en el sector afectado, así como todo otro perjuicio o factor que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas compensatorias.

3. El Estado Parte que tomó las medidas compensatorias, deberá adecuarlas a la decisión del Tribunal en un plazo máximo de diez (10) días, salvo que el Tribunal estableciere otro plazo.*

Por su parte, el art. 44 del Reglamento del PO expresa: “1. El Estado que alegue que las medidas compensatorias aplicadas son excesivas presentará ante el Tribunal que corresponda la justificación de su posición.

2. Para facilitar la tarea del Tribunal que debe pronunciarse sobre la proporcionalidad de las medidas compensatorias adoptadas, el Estado parte en la controversia que las aplica deberá proveer información detallada referida, entre otros elementos, al volumen y/o valor del comercio en el sector afectado, así como todo otro perjuicio o factor que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas compensatorias.

3. La información mencionada en los numerales 1 y 2 del presente artículo será remitida al Tribunal a través de la SM o de la ST, según corresponda y en este último caso con copia a la SM*.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

pronunciamientos anteriores, los razonamientos allí vertidos no solo pretenden fundar la decisión adoptada en la controversia concreta, sino que también aspiran a establecer los cimientos jurisprudenciales del órgano⁸; ello explica el minucioso desarrollo que el laudo hace respecto al marco conceptual del litigio, como veremos más adelante.

En segundo lugar, este pronunciamiento también se destaca por ser la primera vez que el TPR se pronuncia sobre el criterio aplicable para determinar la proporcionalidad de las medidas compensatorias adoptadas por un Estado Parte del MERCOSUR. La importancia de su interpretación se hace aún más evidente si se tiene en cuenta la escueta redacción del Protocolo de Olivos respecto al criterio de ponderación. Esto se debe, posiblemente, a que la determinación de la proporcionalidad de las medidas compensatorias en el marco de un bloque regional es una tarea en parte casuística y que comprende elementos interconectados que se inspiran en razones de distinta naturaleza.

Para una mayor claridad expositiva, dividiremos los comentarios al laudo en tres secciones. En la primera sección nos referiremos a la delimitación que hace el órgano arbitral del marco conceptual de la controversia, determinando para ello, los efectos del incumplimiento de una decisión arbitral y la finalidad de las medidas compensatorias.

En la segunda sección, analizaremos el criterio adoptado por el TPR para determinar la proporcionalidad de las medidas compensatorias. Así, haremos mención a los parámetros establecidos por el Tribunal para ponderar el alcance del daño que la medida compensatoria tiende a revertir y a la aplicación que hace de esos criterios para resolver el litigio.

En la tercera sección, comentaremos algunas cuestiones adicionales de interés examinadas en el laudo para esbozar, finalmente, algunas conclusiones.

⁸ Esta afirmación es válida también respecto al laudo núm. 2/2006 del 6 de julio de 2006, que rechaza *in limine* el recurso de revisión presentado por Argentina contra una decisión del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, constituido este para entender en la controversia promovida por Uruguay contra Argentina sobre: “Impedimentos a la libre circulación derivado de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas”.

I. Marco conceptual de la controversia: El MERCOSUR como proceso de integración y no como área de preferencias arancelarias

A. Efectos del incumplimiento de un laudo del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

La importancia de saber hasta dónde llegan los efectos del incumplimiento de un laudo radica, naturalmente, en que será parámetro fundamental para ponderar la proporcionalidad de las medidas compensatorias. Por eso, como primera tarea el Tribunal se avoca a resolver esta cuestión y, recordando los fines enunciados en el Tratado de Asunción, sostiene que el MERCOSUR es algo más que un espacio de intercambio comercial y, en consecuencia, el incumplimiento del laudo núm. 1/2005 por parte de Argentina afecta, no solo a los flujos de comercio directamente involucrados, sino que también lesiona al proceso de integración en sí⁹.

⁹ Recordemos que el MERCOSUR, si bien es más que una zona de intercambio comercial, se encuentra en plena fase de desarrollo de algunos elementos esenciales de cualquier organización de integración. Por ejemplo, respecto al grado de integración, el MERCOSUR no ha alcanzado la conformación de un mercado común, y constituye en la actualidad una unión aduanera imperfecta con una zona de libre cambio incompleta. Decimos lo primero porque, a pesar de que para enero de 2006, las excepciones al Arancel Externo Común (AEC) deberían estar eliminadas habiendo logrado para esa fecha una convergencia absoluta, las numerosas prorrogas de los “items” que conforman dichas excepciones han visto frustradas las pretensiones de los países miembros del bloque (tal como lo demuestran, entre otras, las Dec. CMC núm. 07/94, 31/03, 33/05 y 38/05). Asimismo, existen importantes excepciones que entorpecen el funcionamiento de una zona de libre comercio plena en el MERCOSUR. Citemos como ejemplo el “*Protocolo Adicional al ACE 14 de Adaptación Competitiva, Integración Productiva y Expansión equilibrada y dinámica del comercio*”, del primero de febrero de 2006, firmado por Argentina y Brasil, mediante el cual se establece un Mecanismo de Adaptación Competitiva (MAC) con el objeto de amortiguar el impacto negativo de cambios bruscos en cualquiera de las dos economías que lideran el bloque. Para ello, se permite aplicar salvaguardias al libre comercio si un sector industrial de alguno de los países logra demostrar la existencia de un perjuicio duradero.

En cuanto a la estructura institucional, la misma presenta también numerosos flancos débiles. Nos limitaremos aquí a mencionar el considerable desequilibrio y la ausencia de pluralismo evidente en la conformación de los órganos; los únicos tres órganos del MERCOSUR con capacidad decisoria (el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común y la Comisión de Comercio) carecen de carácter permanente, son intergubernamentales, toman sus decisiones por consenso y repre-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En este sentido, el Tribunal expresa que “(...) *la falta de observancia de una decisión del Tribunal, además de perjudicar al Estado parte beneficiado por la misma, pone en causa la estabilidad y efectividad de las instituciones del MERCOSUR, provocando, asimismo, una preocupante sensación de descrédito en la sociedad en relación al proceso en su conjunto*” (párrafo 8.2).

Durante el desarrollo de estas consideraciones, se trasluce el interés del órgano arbitral de desplazar el protagonismo -en tanto damnificado- del Estado favorecido por la resolución que ve insatisfecha sus expectativas, para poner al bloque y a sus órganos como principales víctimas de aquella inobservancia. De hecho, el Tribunal califica a esta infracción como de “gravedad extrema” para cualquier proceso de integración, y señala que en el caso del MERCOSUR se da un rasgo particular que hace que dicha lesión sea aún más inquietante: pues el laudo núm. 1/2005 incumplido es el primer pronunciamiento del Tribunal por lo que “(...) *de perdurar en el tiempo, llegado el caso, puede tener un efecto contagioso sobre los Estados Partes, con lo cual la potencialidad perjudicial del hecho aumenta considerablemente, pudiendo llegar a comprometer las bases mismas del proceso de integración*” (párrafo 8.7)¹⁰.

Este enfoque no debe sorprendernos, sobre todo si se tienen en cuenta los anteriores pronunciamientos (sobre todo los laudos núm. 1/2005 y 1/2006 y la opinión consultiva núm. 1/2007). En todos ellos, el Tribunal resuelve las cuestiones con extensos desarrollos teóricos que delinean su orientación jurisprudencial, como es lógico habida cuenta de que se trata de sus primeras resoluciones. Pero además -y esto quizá tampoco deba sorprendernos- se trasluce el interés por parte del Tribunal, que se autodenomina “comunitario”, de señalar el papel catalizador y protagónico que pretende jugar en la cons-

sentan básicamente a las mismas carteras: Relaciones Exteriores y Economía. Respecto al sistema de solución de controversias, el MERCOSUR no cuenta con un órgano jurisdiccional de carácter supranacional, sino con Tribunales Arbitrales, que hasta la creación del TPR, todos se conformaban *Ad Hoc*.

¹⁰ Respecto al daño institucional ocasionado como consecuencia del incumplimiento de una decisión jurisdiccional por parte de un Estado, el TPR cita numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual cuenta con interesantes fallos que desarrollan este concepto. Vid. especialmente TJCA, auto de 20 de octubre de 1999, sumario por incumplimiento de sentencia dictada en el proceso 1-AI-97, Junta/Venezuela, GOAC N° 500, 25/10/99.

trucción del proceso de integración¹¹. Esta afirmación nos ayuda a entender, sobre todo, porqué respecto a las consecuencias del incumplimiento del laudo el énfasis recae sobre el daño institucional y no tanto sobre el daño económico sufrido por Uruguay.

De esta manera, el TPR da las primeras pistas, de manera inequívoca, sobre cuál debe ser el alcance y finalidad de las medidas compensatorias, tal y como analizaremos a continuación.

B. Finalidad de la medida compensatoria. Justificación para la recepción de jurisprudencia comunitaria

Como consecuencia lógica de lo expuesto anteriormente, el Tribunal establece que la finalidad de la medida compensatoria es inducir al Estado a que cumpla con el laudo y cese en su actitud de inobservancia del derecho regional. De esta manera, se descarta que las medidas mencionadas tengan un mero sentido reparador o de indemnización, sino que, como dijimos, persiguen presionar al Estado a que ejecute la sentencia dictada en su contra (conf. párrafo 10.3). El Tribunal entiende que *“las medidas compensatorias, en el marco del MERCOSUR, tienen por fin solucionar una situación de incumplimiento jurisdiccionalmente declarado del derecho regional, lo cual implica, no solo equilibrar las corrientes comerciales afectadas por dicha violación, sino también poner a resguardo otros factores de índole no comercial, también alterados por esta situación”* (párrafo 9.2).

Con estas afirmaciones el TPR resuelve la interesante discusión que sostenían las partes respecto a qué jurisprudencia era aplicable al caso: si la de la Organización Mundial del Comercio (OMC, en lo sucesivo) o, por el contrario, la de otras jurisdicciones comunitarias.

La defensa argentina, con sustento en distintos fundamentos, pretendía aplicar los precedentes de la OMC ya que de esa manera, las medidas compensatorias aplicadas por Uruguay podrían ser consideradas excesivas. Ello así porque para este foro la proporcionalidad de las medidas está dada por el equilibrio de las concesiones comerciales recíprocas¹². En este sentido, el gobierno argentino sos-

¹¹ En este sentido, resulta interesante destacar que esta postura es mantenida por el Tribunal incluso en el laudo núm. 1/2006, que resuelve un recurso de aclaratoria interpuesto por Argentina en relación al laudo núm. 1/2005 y que de hecho, es más extenso que el laudo arbitral objeto de recurso.

¹² Para mayor detalle sobre el tratamiento de las medidas compensatorias en la OMC, vid. MITCHELL, A., “Proportionality and Remedies in WTO Disputes”, *European Journal of International Law*, Vol. 17 núm. 5, 2007;

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

tenía que la utilización de la expresión “equivalentes” utilizada en los incisos 1 y 2 del art. 31 del PO hace relación “(...) *a la equivalencia que debe existir entre la medida compensatoria y el perjuicio provocado a la parte reclamante por la medida incompatible con el derecho del MERCOSUR (...)*” (párrafo 3.1.3).

Asimismo, Argentina argumentaba que en el MERCOSUR las medidas compensatorias no pueden tener carácter punitivo, como si lo tienen en la Unión Europea (UE, en lo sucesivo) o en la Comunidad Andina de Naciones (CAN, en lo sucesivo), puesto que para ello, tal como sucede en estos bloques, es necesaria una delegación expresa de los Estados.

Por el contrario, Uruguay rechazaba la aplicación de esta jurisprudencia, citó antecedentes del TJCE y sostuvo que el término “equivalentes” de la norma antedicha, “(...) *hace relación al término ‘obligaciones’, las cuales deberán ser equivalentes a las ‘concesiones’ y no a la equivalencia entre el daño provocado por el incumplimiento y las medidas compensatorias*” (párrafo 3.2.4). Finalmente, el gobierno uruguayo argumentó que el incumplimiento del laudo alcanza a otros intereses más allá de los comerciales y por tanto, afectan a la consolidación del proceso de integración (conf. párrafo 3.2.12).

El Tribunal hace lugar a la pretensión uruguaya sobre la base de los mismos argumentos, e insiste en la importancia de tener en cuenta el contexto en el cual se da el incumplimiento del laudo. En efecto, el órgano arbitral considera que los criterios de la OMC no pueden aplicarse al MERCOSUR porque son organizaciones con distintos fines; pues éste tiene objetivos que trascienden la sola equivalencia de derechos, obligaciones, beneficios y ventajas comerciales y económicas entre los Estados Partes y abarca también intereses sociales, culturales, jurídicos y políticos. Por ello, el TPR concluye que “(...) *el MERCOSUR no puede ser valorado ni conceptualizado como un proceso de mero equilibrio entre las concesiones comerciales y económicas que los Estados Partes se han otorgado sino que involucra otros factores no menos importantes que aquellas concesiones, factores que surgen precisamente de los fines y objetivos trazados por el Tratado de Asunción. Todo ello, porque el MERCOSUR es un bloque regional consistente en un proceso de integración y no un mero ente promotor de la liberalización comercial como es la OMC*” (párrafo 7.4).

En consecuencia, el TPR ha de buscar los precedentes que sustenten su posición en la jurisprudencia emanada de otros tribuna-

y GAZZINI, T., “The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of their Violation”, *European Journal of International Law*, Vol.17 núm. 4, 2006.

les comunitarios tales como los Tribunales de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA, en lo sucesivo) y de las Comunidades Europeas¹³. En relación a este último, nótese que en la Unión Europea está prohibida la aplicación de estas medidas; sin embargo, como veremos más adelante, el Tribunal considera legítimo adaptar sus antecedentes al caso del MERCOSUR por entender que los fines que inspiran la reacción ante el incumplimiento de una decisión litigiosa son los mismos en los dos procesos de integración: asegurar la aplicación efectiva del derecho comunitario.

De esta manera, el órgano arbitral deja claro cuál ha de ser la primera regla de la fórmula evaluadora de la proporcionalidad de la medida compensatoria: ponderar la afección causada al Estado favorecido por la resolución arbitral, pero también, y sobre todo, considerar el hecho objetivo del incumplimiento de la sentencia del Tribunal que, en última instancia, da razón de ser a dichas medidas.

A continuación analizaremos los elementos que el TPR considera que deben ser tenidos en cuenta para determinar, ahora sí, la proporcionalidad de las medidas compensatorias.

II. Determinación sobre la proporcionalidad de la medida compensatoria

A. Características de la medida compensatoria y alcance del daño que tiende a revertir

El art. 32, inciso 2 literal i del PO establece respecto a las medidas compensatorias que el Tribunal “(...) evaluará, según el caso, la fundamentación esgrimida para aplicarlas en un sector distinto al afectado, así como su proporcionalidad con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo”.

En base a esta atribución, el TPR establece, ahora sí, los parámetros materiales idóneos para determinar la proporcionalidad de la medida compensatoria. En primer lugar, dicha medida “(...) deberá cubrir como primer elemento de cálculo, aproximadamente el mismo monto pecuniario que los flujos comerciales perjudicados por el incumplimiento que es la causa de la misma” (párrafo 10.5). Esta condición no merece mayor explicación, por cuanto es justamente la afección a la corriente de flujos comerciales lo que autoriza a un Estado a aplicar las medidas compensatorias.

¹³ En el laudo *sub examine* el TPR trajo en su apoyo numerosa jurisprudencia del TJCA, pero sobre todo del TJCE, citando todas las resoluciones relativas al incumplimiento de sentencias que este Tribunal había emitido hasta el momento de dictarse el laudo núm. 1/2007.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En segundo lugar, tal como se desprende de la norma, la medida debe afectar al mismo sector al que se refiere el incumplimiento del laudo. Sin embargo, podrá extenderse a otros sectores si en aquél la medida es ineficaz o imposible de aplicar.

En tercer lugar, en vinculación estrecha con el criterio anterior y a fin de garantizar la efectividad de la medida, habrá que considerar el tamaño de las economías involucradas para evitar que las asimetrías existentes entre los Estados neutralicen su objetivo inmediato y asegurar que “(...) *aquella pueda ser suficientemente persuasiva para el Estado remiso, a fin de inducirlo a ajustar su conducta al ordenamiento mercosureño*” (párrafo 10.8).

El tema de las asimetrías se destaca porque en él descansan, en definitiva, los principales argumentos del Tribunal para rechazar la pretensión argentina. En efecto, el TPR considera que las diferencias de tamaño de las economías involucradas son un incentivo para la aplicación de criterios proporcionales y no cuantitativos de afectación de los flujos comerciales. Así, ejemplifica sosteniendo que la participación de Argentina en el año 2000 en las exportaciones de Uruguay de los neumáticos en cuestión (ítem 4012.11.00), representaba el 43.4%, mientras que la participación de Uruguay en las exportaciones de Argentina del otro ítem afectado por el Decreto 142/007 (ítem 4011.10.00) se ha mantenido en alrededor del 2% (conf. primer párrafo de la Conclusión)¹⁴.

En cuarto lugar, el Tribunal, en base al ya comentado razonamiento respecto a que el incumplimiento de un laudo no solo afecta a un Estado en particular, sino que también impacta en la credibilidad institucional del bloque, añade que la medida compensatoria debe garantizar “(...) *que los beneficios o ventajas obtenidos por la falta de cumplimiento de una decisión jurisdiccional sean sustancialmente menores que aquellos que se obtendrían en caso de acatarla*” (párrafo 10.8). Porque de lo que se trata es de inducir de manera efectiva al Estado incumplidor a adecuar su conducta al derecho mercosureño.

Ahora bien. En una labor hermenéutica amplia, y a fines de ponderar el daño causado por el incumplimiento del laudo, el órgano arbitral adapta al caso los antecedentes de la Unión Europea que

¹⁴ El Tribunal basa estas consideraciones en estadísticas extraídas del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) de Argentina y del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de Uruguay. Por su parte, la defensa uruguaya había señalado que la medida prohibitiva adoptada por Argentina afectaba el 0,30% del total de las exportaciones de Uruguay hacia aquél destino, mientras que la medida de Uruguay sólo comprende el 0,07% del total de las importaciones procedentes de Argentina (conf. párrafo 3.2.9).

como dijimos, no admite la aplicación de medidas compensatorias y establece dos tipos de sanciones pecuniarias –alternativas o acumulativas–: la suma a tanto alzado y la multa coercitiva¹⁵. En este sentido, el TPR considera aplicables al litigio los criterios establecidos por la Comisión Europea en relación al sistema de cálculo de multas coercitivas en la “Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 –actual art. 228– del Tratado de las Comunidades Europeas” (Ref. 96/C 242/07)¹⁶. En dicha Comunicación, la Comisión determina que el importe debe calcularse en función de tres criterios fundamentales: a) la gravedad de la infracción; b) la duración de la misma; y c) la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia.

Vistos los elementos considerados por el Tribunal, pasaremos ahora a examinar la parte dispositiva del laudo.

B. La resolución del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal concluye: *“La fórmula evaluadora de la proporcionalidad de la medida compensatoria en estudio tiende a cubrir dos rubros: daño económico (uno de cuyos componentes es el daño comercial, siendo los otros los propios de las cuestiones tales como las derivadas de las asimetrías en cuestión, las pertinentes escalas de economía, capacidad ociosa perdida, desempleo, costos hundidos, inversiones pedidas) y daño institucional. En este caso, la medida compensatoria adoptada ni siquiera agota el primer factor. Es un poco más que simbólica, habida cuenta de que la misma es abiertamente menos gravosa para Argentina que las consecuencias que se derivan para Uruguay en el incumplimiento del Laudo 1/2005 (...)”* (Primer párrafo de la Conclusión). En consecuencia, y por mayoría, el TPR determina que la medida compensatoria apli-

¹⁵ Sobre la aplicación de sanciones como consecuencia del incumplimiento de una sentencia del TJCE vid. SOBRIDO PRIETO, M., “Primera condena al pago simultáneo de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado por inejecución de sentencia: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2005, C-304/02, Comisión / Francia”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 9, 2006.

¹⁶ Sobre el procedimiento establecido en el artículo 228.2 del Tratado CE vid. FAJARDO DEL CASTILLO, M. T., “Primera multa coercitiva a España en aplicación del procedimiento del artículo 228.2 del tratado CE: comentario a la sentencia del TJCE de 25 noviembre de 2003, AS. C-278/01, (Comisión contra España)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, 2004.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

cado por Uruguay mediante el Decreto 142/007 es proporcional y no excesiva en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo núm. 1/2005 dictado por el mismo Tribunal¹⁷.

Como podemos observar, las conclusiones del fallo confirman la intención del TPR de aportar reflexiones que trasciendan el caso objeto del litigio. En efecto, a lo largo de todas sus consideraciones, el Tribunal orienta sus esfuerzos en justificar una interpretación amplia respecto de los criterios para medir la proporcionalidad de las medidas compensatorias, comprensiva del daño económico y el daño institucional; cuando le hubiera bastado para resolver esta controversia limitarse al análisis del primer rubro, puesto que, según su interpretación, los flujos comerciales proporcionales afectados por Uruguay son considerablemente menores a los flujos comerciales afectados por Argentina como consecuencia del incumplimiento del primer laudo emitido por el TPR, lo que alcanza por sí solo para calificar de “no excesiva” la medida uruguaya.

Por otra parte, habrá que estar atento a las reacciones que puede despertar este antecedente en los otros socios del MERCOSUR. Por lo pronto, en Paraguay, los empresarios recauchutadores de neumáticos analizan la posibilidad de solicitar al gobierno que aplique un arancel compensatorio similar al de Uruguay, puesto que según la Cámara de Reconstructores de Neumáticos y Afines del Paraguay, la ley argentina también afecta a sus productos¹⁸.

III. Algunas cuestiones adicionales de interés tratadas en el laudo

Al igual que en los tres pronunciamientos anteriores, el Tribunal se expide en este laudo sobre algunos temas que no constituyen el objeto de la controversia pero que interesa mencionar por cuanto nos ayudan a comprender en general, la orientación del desarrollo institucional y en particular, del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

Así, el órgano arbitral, con sustento en las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC, en lo sucesivo) núm. 30/02 y 07/07¹⁹, solicitó a la Secretaría del MERCOSUR (SM, en lo sucesivo) la

¹⁷ Asimismo, el Tribunal decide por unanimidad que las costas sean abonadas por ambos Estados por partes iguales, dada la novedad de la cuestión.

¹⁸ Vid. LA NACION, “Los recauchutadores de neumáticos reclaman medidas contra Argentina”, Asunción, *La Nación*, 29/07/2007, disponible en <http://www.lanacion.com.py/noticias.php?not=164905>

¹⁹ La Dec. CMC núm. 30/02 transforma a la Secretaría “Administrativa” en Secretaría “Técnica”; y en el anexo I, punto 1 establece que le compete al

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

elaboración de un informe económico y jurídico sobre las corrientes comerciales implicadas, así como un diagnóstico jurídico sobre posibles márgenes de afectación proporcionales de dichos flujos comerciales (conf. párrafo 5.1). La respuesta de la SM ha dado lugar a cierta tensión inter-institucional, ya que la Secretaría negó el requerimiento del Tribunal por considerar, entre otros motivos, que elevar un diagnóstico jurídico no estaba dentro de sus facultades, alegando para ello la Resolución del Grupo del Mercado Común (GMC, en los sucesivos) núm. 16/04²⁰.

Como respuesta al rechazo de su solicitud por parte de la SM, el TPR manifiesta que “(...) *no puede serle opuesta al Tribunal la Resolución GMC núm. 16/04, en razón de lo previsto en las Decisiones CMC núm. 30/02 y 07/07, las cuales, como normas del CMC se benefician de una estatura normativa superior a las disposiciones del GMC, con una absoluta prevalencia*” (párrafo 5.3). Más allá de lo discutible de la solución adoptada, esta afirmación merece ser destacada por constituir la primera manifestación expresa sobre el orden jerárquico del derecho derivado del MERCOSUR.

Conclusiones

Naturalmente, la importancia evidente que se desprende del laudo núm. 1/2007 radica en que se sientan las bases sobre el criterio aplicable para determinar la proporcionalidad de las medidas compensatorias como consecuencia del incumplimiento de un laudo en el marco de un proceso de integración como constituye el MERCOSUR. Queda establecido entonces que en este contexto regional, el desacato de una decisión del tribunal produce un daño económico al Estado favorecido por aquella resolución, pero también un daño institucional. De ahí que la proporcionalidad de la medida compensatoria debe ser ponderada teniendo en cuenta ambos daños.

Sector de Asesoría Técnica prestar asesoramiento y apoyo técnico a los demás órganos del MERCOSUR con el objetivo de contribuir para la conformación de un espacio de reflexión común sobre el desarrollo y consolidación del proceso de integración. Por su parte, la Dec. CMC núm. 07/07 regula la Estructura Organizativa de la Secretaría del MERCOSUR, delimitando las funciones de los sub-órganos que la componen.

²⁰ Si bien en el laudo no está especificado, entendemos que la SM para desestimar la solicitud, invocó el art. 4 de dicha Resolución que establece: “*Los términos de las solicitudes –de apoyo técnico– deben ser consensuados en el ámbito del órgano del que emanan y no involucrarán cuestiones que sean objeto de controversias entre los Estados Partes*”.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En este sentido, entendemos acertada la decisión del Tribunal de no considerar excesivas las medidas adoptadas por Uruguay y sobre todo, traer a la luz el concepto de “asimetrías” para apoyar su decisión. También queda claro que el MERCOSUR es más que un área de intercambio comercial y que hay otros intereses que merecen ser protegidos. Pero esto no debe llevarnos a confusión; porque si bien el MERCOSUR, en tanto bloque regional, es más que un promotor de liberalización comercial, sus características no son equiparables con las de la Unión Europea -y en muchos aspectos, tampoco lo son con las de la Comunidad Andina-.

Por eso destacamos -aunque no nos sorprende- que el tribunal supremo del MERCOSUR, en oportunidad de defender el proyecto regional, haya utilizado casi exclusivamente jurisprudencia del TJCE y el TJCA, tribunales supremos de sus respectivos procesos de integración. De esta manera, pareciera que el TPR intenta situar al bloque mercosureño y a su máximo órgano arbitral en el mismo nivel que aquellos; aunque la ausencia de cualquier signo de supranacionalidad en los órganos con capacidad decisoria, la carencia de un estricto derecho comunitario e inclusive la naturaleza arbitral del sistema de solución de controversias nos impidan, en rigor, aplicar dicha analogía. Por el contrario, nos indica que el MERCOSUR constituye una organización de integración de mediana intensidad en transición, que aún está lejos de alcanzar características de integración comparables con las de la UE y que incluso difieren de la CAN.

Dicho esto, hay también otras reflexiones que se traslucen del pronunciamiento y que ameritan igual atención. En efecto, la puesta en marcha del Tribunal Permanente de Revisión en la vida institucional del MERCOSUR está exigiendo un reacomodamiento por parte de todos sus órganos que, inevitablemente y en mayor o menor medida, ven trastocada su dinámica de trabajo; como demuestra el episodio sostenido por el TPR y la Secretaría. En este sentido, los fundamentos esgrimidos para justificar la aplicación de jurisprudencia del TJCA y del TJCE no deben pasar inadvertidos; máxime si se los conecta con otros razonamientos de pronunciamientos anteriores que tienen el mismo talante.

Cualquiera sea el caso, entendemos que el laudo núm. 1/2007 debe ser analizado con criterios que trasciendan lo jurídico por aportar sugerentes señales respecto de las aspiraciones del TPR y de su intención de ir ganando protagonismo en la defensa y construcción del proyecto de integración mercosureño y en la interpretación unificada del derecho regional.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

BIBLIOGRAFÍA

- FAJARDO DEL CASTILLO, M. T., “Primera multa coercitiva a España en aplicación del procedimiento del artículo 228.2 del tratado CE: comentario a la sentencia del TJCE de 25 noviembre de 2003, AS. C-278/01, (Comisión contra España)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, 2004.
- GAZZINI, T., “The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of their Violation”, *European Journal of International Law*, Vol.17 núm. 4, 2006.
- LA NACION, “Los recauchutadores de neumáticos reclaman medidas contra Argentina”, Asunción, *La Nación*, 29/07/2007, disponible en <http://www.lanacion.com.py/noticias.php?not=164905>.
- MITCHELL, A., “Proportionality and Remedies in WTO Disputes”, *European Journal of International Law*, Vol. 17 núm. 5, 2007.
- ROCCO, M., *Solución de controversias en el MERCOSUR: Controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina por la ‘Prohibición de importación de neumáticos remoldeados’*, La Plata, CALP, 2006, disponible en <http://www.calp.org.ar/producciones.asp>.
- SOBRIDO PRIETO, M., “Primera condena al pago simultáneo de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado por inexecución de sentencia: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2005, C-304/02, Comisión / Francia”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 9, febrero 2006.
- Direcciones de Internet: - Boletín oficial de la República Argentina: www.boletinoficial.gov.ar/;
- Eur-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>; - MERCOSUR: www.mercosur.int;
- Organización Mundial del Comercio: <http://www.wto.org/indexsp.htm>;
- Presidencia de la República Oriental del Uruguay: <http://www.presidencia.gub.uy>;
- Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: <http://www.mre.gov.py/tribunal/inicio.htm>

SEGUNDA PARTE
RELACIONES EXTERIORES DEL MERCOSUR

BLANCA

CAPÍTULO I

EL TRANSREGIONALISMO EN LAS RELACIONES UNIÓN EUROPEA-MERCOSUR (THE TRANSREGIONALISM IN THE RELATIONS EUROPEAN UNION-MERCOSUR)

Zlata Drnas de Clément

RESUMEN:

El presente artículo analiza las etapas que ha tenido el diálogo Unión Europea-MERCOSUR, las dificultades con las que se ha ido encontrando y las perspectivas de futuro a la luz de las crisis merosureña y europea y las tendencias políticas y objetivos del transregionalismo.

PALABRAS-CLAVE:

Relaciones Unión Europea MERCOSUR - Diálogo - Dificultades - Prospectiva - Transregionalismo.

ABSTRACT:

The present article analyzes the political stages in the dialogue between the European Union and MERCOSUR, the difficulties and the perspective of the dialogue taking in account the crises of the both regional groups and the objectives and political trends of transregionalism.

KEY-WORDS:

European Union - MERCOSUR relations - Dialogue - Difficulties - Perspective - Transregionalism.

SUMARIO:

Introducción. 1. Perfil del MS y de la UE en el marco de sus relaciones mutuas. 2. Relaciones MS-UE. 2.1. Proceso. 2.2. Temas clave. 3. Prospectiva.

Introducción

Prácticamente, desde el origen mismo del MERCOSUR (Mercado Común del Sur¹) se inició el diálogo Unión Europea (UE) y MERCOSUR (MS), sin embargo, nos encontramos a quince años del primer acuerdo MS-UE, a doce años de la firma del Acuerdo Marco y a ocho años de la iniciación en concreto de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de asociación interregional para el establecimiento de una zona de libre comercio entre UE-MS.

Las relaciones no han sido lineales, han seguido un largo y azaroso camino, el que en la actualidad parece más que nunca arduo y con escasas perspectivas de alcanzar su objetivo de asociación interregional. Suena algo pesimista esta percepción, pero no sólo sufre una profunda crisis de identidad el MS, también la padece la UE.

Para percibir la profundidad de la crisis mercosureña, basta con recordar que Venezuela ha solicitado su incorporación como Miembro pleno de MS². Sin embargo, en diciembre de 2006, antes de su incorporación al MS, en oportunidad de la Cumbre de Presidentes Sudamericanos llevada a cabo en Cochabamba (8 y 9 de diciembre), el Presidente Chávez dijo: “El MS está muerto”, “necesita un viagra político” para sobrevivir. Cabe preguntarse ¿por qué un país pide ingresar a un sistema de integración que considera muerto? ¿En qué dirección pretende hacerlo revivir? Un país, que espera ser incorporado a un sistema, ¿cómo se permite manifestar su pretensión de imprimir nuevos rumbos a su perfil institucional? ¿Qué rol se asigna?

En esta breve presentación efectuaremos primero una breve presentación del perfil de los dos bloques (UE-MS) (I), luego veremos cómo evolucionó y se encuentra hoy el proceso de relacionamiento, tomando en cuenta los pasos seguidos y los temas-clave del diálogo (II) para concluir con una visualización prospectiva (III).

¹ Entidad subregional constituida el 26 de marzo de 1991 mediante el *Tratado de Asunción*, conformada en la actualidad por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay (Miembros originarios). (Chile y Bolivia Asociados) (Méjico Miembro Observador).

² Suscripción en Caracas el 4 de julio de 2006 del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR. ANEXOS I,II,III y IV. El protocolo no se halla en vigor ya que recién lo estará 30 días después del depósito del quinto instrumento de ratificación. A la fecha han ratificado el Protocolo sólo la República Argentina (Ley 26.192, depósito de instrumento de ratificación: 14 de febrero de 2007) y la República Oriental del Uruguay (Ley 18.053, depósito del instrumento de ratificación: 30 de agosto de 2007). Es de tener en cuenta que el Gobier-

1. Perfil del MS y de la UE en el marco de sus relaciones mutuas

El MERCOSUR es una entidad intergubernamental conformada por 4 Estados “Partes” (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay); 2 asociados (Chile y Bolivia -si bien este último ha solicitado formalmente en febrero de 2007 ser incorporado como Miembro pleno, habiendo manifestado todos los EP su conformidad-)³; 1 observador (Méjico). MS es de naturaleza cooperativa ya que no ha delegado en instituciones centrales ninguna de sus competencias soberanas, debiendo lograrse el acuerdo de todos los representantes de los Estados Partes para adoptar una disposición normativa en los órganos del sistema, dispositivos que en su mayor parte deben ser internalizados en el derecho interno de los Estados Partes⁴. El MS cuenta con 250 millones de habitantes⁵ (dos lenguas oficiales), 13 millones de km² y un PBI de 2.300 billones de dólares⁶.

En lo que hace a lo institucional, a diferencia del sistema comunitario de la UE, el MS es una entidad puramente intergubernamental, carente de instituciones centrales con poder de decisión, desprovisto de normas comunitarias autoejecutorias⁷, huérfano de política comercial común, con pocos avances en sus metas macroeconómicas, no ha alcanzado aún la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros ni un arancel externo co-

no de Argentina, país miembro pleno y originario del MS, es admirador y seguidor de la política chavista y actúa cuidando y tratando de realizar los intereses de la república bolivariana en el ámbito de MS e internacional. Venezuela propugna el endo-desarrollo del Cono Sur latinoamericano conforme su interpretación de las relaciones comerciales internacionales en el marco de la “teoría de la dependencia”. Por ello, propuso la constitución de la *Alternativa Bolivariana para las Américas*, alcanzando un acuerdo el 14 de diciembre de 2004 del que hoy son partes Bolivia, Cuba, Nicaragua y Venezuela.

³ Ecuador, a través de su Presidente Rafael Correa ha solicitado recientemente su incorporación como miembro pleno al MS.

⁴ Sólo el 50 % de las disposiciones normativas adoptadas en el seno de los órganos del MS ha sido incorporado al derecho de los Estados Partes.

⁵ A diciembre de 2006 son 257.867.669 habitantes (Argentina: 14,9%; Brasil 71,3%, Paraguay 2,3 %; Uruguay; 1,3%, Venezuela 10,1 %).

⁶ Argentina: 25%; Brasil 72%, Paraguay 1%, Uruguay 2%. (Cf. MERCOSUR Sub-grupo de trabajo 1 “Comunicaciones”. Estadísticas e Indicadores de los Países Miembros del MERCOSUR. Vid. www.mercosur.org.uy).

⁷ Sólo el 50% de la normativa emanada de los órganos con capacidad decisoria (CMC, GMC, CCM) ha sido incorporada por los EP. Es de observarse que en el caso del MS se habla de EP y no de EM.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

mún⁸, entre muchísimas otras debilidades. A pesar de ello es el más dinámico de los procesos de integración, a excepción del de la UE, habiendo resultado de gran interés para el sistema europeo establecer relaciones interbloque. Además, a pesar de sus debilidades, es el motor de desarrollo de sus EP, habiendo generado la convicción de que aún con todos sus defectos sin él todo iría peor.

La UE cuenta con 27 Estados miembros, tiene en uno de sus pilares principales naturaleza comunitaria ya que han delegado competencias en importantes áreas en órganos centrales, que están dotados de capacidad de decisión independiente de la voluntad de los Estados Miembros y que actúan con criterio institucional. Las normas emanadas de los órganos comunitarios tienen aplicabilidad directa en los Estados Miembros. La UE posee 494 millones de habitantes (23 lenguas), 4.300.000 km², un PBI de 14.000 billones de dólares (sobre un total mundial de 62.200 billones), siendo el primer bloque económico mundial.

Si se alcanzara un acuerdo de asociación interregional, el conjunto abarcaría 750 millones de personas, con un producto bruto interno que rondaría los 16.300 billones de dólares.

El propósito de alcanzar una asociación interregional constituye la primera tentativa internacional en tal sentido y, de concretarse, representaría la más vasta zona de libre comercio del mundo.

En la actualidad, el MS es el cuarto bloque comercial del mundo tras la UE, NAFTA y el Sudeste asiático.

La UE es el más importante comprador de productos agrícolas del MS, absorbiendo el 39 % de las exportaciones del MS. Esas exportaciones son mayoritariamente soja, café, carnes, lácteos. Por su parte, la UE exporta al MS aviones, productos químicos, petroquímicos, farmacéuticos, productos industrializados metalmecánicos, textiles, servicios de información, comunicaciones, telefonía. Por ejemplo, hay importantes compañías europeas en países del MS, *vg.*: Repsol (que ha invertido 14.000 millones de dólares), Telefónica (2.000 millones), Volkswagen (1.500 millones), Portugal Telecom (1.400 millones), Fiat (1.000 millones), Daimler-Benz (1.000 millones), Banco Bilbao-Vizcaya (456 millones), Seguros Argentaria (280 millones), etc.

Es de observar que la UE es el primer socio comercial del MS. Entre 1991 y 2006 el comercio interregional ha crecido más del do-

⁸ Ha alcanzado la unión aduanera en un 85 %. Aún debate los niveles definitivos del arancel externo común. En la Cumbre de Montevideo de diciembre de 2003, el Consejo Mercado Común decidió extender las excepciones sectoriales y universales hasta el 31 de diciembre de 2010.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ble. De los 26.700 millones de dólares que exportaba en 1991 a la UE, pasó a 63 mil millones en 2006. A su vez, las exportaciones de la UE al MS pasaron de 17.100 a 54.800 millones. Estas cifras son menos significativas para la UE, en tanto las importaciones-exportaciones desde y hacia el MS apenas implican apenas el 3% de su comercio internacional.

El diálogo interregional UE-MS fue entusiastamente iniciado en los albores mismos del MERCOSUR. El MS surgió en 1991 a contrapelo de la propuesta estadounidense de crear una zona continental de libre comercio designada como *Iniciativa para las Américas* (1990), produciéndose una situación similar con la reformulación del MS mediante el *Protocolo de Ouro Preto* de diciembre de 1994, el que repiqueteó como respuesta a la propuesta estadounidense del mismo año de constituir el ALCA (*Área de Libre Comercio de América*). Este tradicional rechazo a una política estadounidense hegemónica sobre América del Sur es casi una constante en las relaciones internacionales de los cuatro miembros originarios del MS, especialmente, Argentina y Brasil. Así, no llama la atención que Luis Ignacio Lula da Silva, en oportunidad de suscribir el tratado en materia de bioenergía (producción de etanol) con Estados Unidos⁹ en marzo de este año (2007), se viera movido a recordar en vivo al Presidente estadounidense Bush que es “política estratégica inmodificable” de Brasil sostener el MS, la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN)¹⁰, la autodeterminación de los pueblos y el respeto a la soberanía e independencia de cada país.

⁹Brasil produce desde la caña de azúcar 35.000 millones de litros año de etanol y EE.UU. 20.000 millones derivados del maíz. Por su parte, la UE se ha fijado el objetivo de lograr en 2020 que el 20 % del consumo de energía del bloque provenga de fuentes renovables.

¹⁰Entidad creada en Cuzco en la III Cumbre Presidencial Sudamericana (8 de diciembre de 2004), compuesta por los doce países que integran el subcontinente: los cuatro miembros plenos del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay), los cinco Estados que conformaban en ese momento la Comunidad Andina de Naciones¹ (Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Venezuela) y Chile, Guyana y Surinam. Este tipo de unión ya fue propuesto en 1993 por Itamar Franco (Unión Sudamericana) y retomado por Enrique Cardozo al convocar a la Primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (Brasilia 2000) para discutir la conformación de ALCSA (Asociación de Libre Comercio Sudamericana), en respuesta a la propuesta estadounidense de ALCA. La CSN tiene objetivos integradores amplios, entre ellos: *la concertación y coordinación política y diplomática de la región.; *la profundización de la convergencia entre MERCOSUR, Comunidad Andina y Chile a través del perfeccionamiento de la zona de

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Por ello, es frecuente decir que el MS ha frustrado en dos oportunidades el pacto hemisférico propuesto por la potencia del Norte en la persona de Bush padre e hijo¹¹⁻¹².

2. Relaciones MS-UE

En primer término, haremos referencia al *proceso* de diálogo y negociación para luego centrarnos en los *temas clave* y las *dificultades* que se han ido presentando para alcanzar un entendimiento definitivo.

libre comercio y su evolución a fases superiores de la integración económica, social e institucional. (Los gobiernos de Surinam y Guyana se asociaron a este proceso, sin perjuicio de sus obligaciones con el CARICOM); *la integración física, energética y de comunicaciones en Sudamérica sobre la base de la profundización de las experiencias bilaterales, regionales y subregionales existentes; * la armonización de políticas que promuevan el desarrollo rural y agroalimentario; *la transferencia de tecnología y de cooperación horizontal en todos los ámbitos de la ciencia, educación y cultura; *la creciente interacción entre las empresas y la sociedad civil en la dinámica de integración de este espacio sudamericano. Carece de instituciones propias y se basa en la estructura de CAN y MERCOSUR, a más del de IIRSA (Iniciativa de Integración Regional Sudamericana). Esta última constituye un programa de integración física, energética y de telecomunicaciones, creada en la Primera Cumbre de Presidentes de América del Sur, Brasilia, 30 de agosto-1 de septiembre de 2000. La planificación de la iniciativa se formuló en 10 ejes de integración: Andino, Andino del Sur, Capricornio, Amazonas, del Escudo Guayanés, del Sur, Hidrovía Paraná-Paraguay, Interoceánico central, MERCOSUR-Chile, Perú-Brasil-Bolivia y 7 procesos sectoriales: instrumentos de financiamiento, integración energética, pasos de frontera, tecnologías, información y comunicaciones, transporte aéreo, transporte marítimo y transporte multimodal.

¹¹ Estados Unidos, tras el fracaso del ALCA han buscado pequeños ALCA's bilaterales, como los alcanzados con Perú, Colombia, Uruguay. Hablamos del "fracaso" de ALCA ya que ninguno de los 9 grupos de negociación, de los 4 comités especiales, ni el comité de negociaciones comerciales se volvió a reunir después de febrero de 2004. EE.UU. se ha ido satisfaciendo con pequeños ALCA bilaterales, de naturaleza "light".

¹² No debe confundirse esta confrontación con EE.UU con homogeneidad político ideológica, ya que es notoria la puja y desacuerdo entre Brasil y Venezuela en distintos ámbitos de las relaciones latinoamericanas. Por ejemplo, la contraposición del proyecto brasileño de desarrollo del etanol y el del Banco de Desarrollo (BANDES) con el venezolano del Gasoducto del Sur y el Banco del Sur.

2.1. Proceso

El acercamiento de la UE al MS naciente fructificó el 29 de mayo de 1992 en un *Acuerdo interinstitucional* adoptado con el objeto de proveer un soporte técnico e institucional al diálogo entre los dos bloques.

Ese diálogo permitió alcanzar el 15 de diciembre de 1995 el promisorio *Acuerdo de Coordinación Política, Asociación Económica y Cooperación entre la UE y el MS*, conocido bajo la más simple designación de *Acuerdo Marco Interregional de Cooperación*.

El Acuerdo, de 37 artículos, tiene una duración indefinida. Coherentemente con su carácter de “acuerdo marco”, conforme al Acuerdo, las Partes poseen libertad para determinar el ritmo, las modalidades y las condiciones de la negociación.

El objetivo del Acuerdo ha sido alcanzar un *Acuerdo de Asociación Interregional* que -a más de los otros aspectos señalados- incluya la liberalización del comercio de bienes y servicios, apuntando al libre comercio en el marco de las normas del GATT y la OMC (Art. 5). Es decir, el acuerdo se enmarca en el modelo conocido como, “regionalismo abierto”, “regionalismo de segunda generación”. De allí la dependencia de las negociaciones UE-MS de los resultados que se obtengan en las negociaciones entre países desarrollados y en vías de desarrollo en Ronda de Doha de la OMC (Ronda iniciada en 2001, que se espera pueda alcanzar acuerdo en 2008). El modelo regional en el que se desarrollan las negociaciones es el de aquéllos en el que los Estados y las regiones se transforman en portavoces de las fuerzas de las economías globales.

Pero, más aún, nos encontramos en estos últimos años con una evolución en la percepción del objeto y fin del acuerdo de asociación que se busca alcanzar, perfilándose un nuevo modelo de “neo-regionalismo”, “regionalismo de tercera generación”, en el que las regiones muestran mayor orientación hacia el exterior con visión político estratégica¹³.

Tal como el nombre del acuerdo marco lo señala, los futuros tratamientos debían desarrollarse en torno a tres niveles: Jefes de Estado, Ministros y Funcionarios de alto nivel.

¹³ El *regionalismo* llamado de *primera generación* ha tenido por fuerza directriz sólo al comercio; el de *segunda generación* ha mostrado una percepción más amplia de la integración que la comercial, más compleja, más multidimensional, con ambiciones sociales, culturales y políticas (de allí la necesidad de coherencia regional e identidad cierta); el de *tercera generación*, busca la inserción externa, con efecto sobre el sistema global, como factor decisivo de la gobernanza global, gestor del modelo de interdependencia, región-actor dominante que impulsa un modelo a otras regiones del mundo, acción que más que bi o tri o pluri regional se transforma en transregional con metas de equilibradora institucional

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

El Acuerdo de 1995 ha sido completado por una *Declaración Conjunta* incorporada como Anexo al tratado. La declaración ha destacado la conciencia que tienen los Estados Partes de los lazos históricos, políticos, económicos, de la herencia cultural común y de los lazos de amistad entre los pueblos de las dos regiones¹⁴.

La estructura institucional se estrenó en 1996 cuando la Comisión Mixta aprobó el reglamento interno y decidió las reglas de funcionamiento de los órganos.

El principal órgano negociador es el *Comité de Negociaciones Biregional* y se vinculan a él el *Subcomité de cooperación*, tres grupos sobre áreas especiales de cooperación y tres grupos técnicos sobre asuntos comerciales (bienes, servicios y estándares comerciales).

Entre 1996 y 1998 no hubo verdaderas negociaciones ya que hizo falta primero un “snapshot”, una “fotografía” de los flujos co-

con influencia multidimensional a escala global, síntesis en la dialéctica entre globalismo de mercado y regionalismo político (V. SÖDERBAUM, F, “The EU as a global actor and the rol of interregionalism”, *Revue d’integration européenne*, Vol. 27, London, septembre 2005, pp. 257-258). De allí la importancia para ese modelo de que un bloque con el que ha de celebrarse una asociación interregional alcance identidad, solidaridad regional basada en normas comunes y cohesión social. Por ahora, el que el MS no sea un actor unitario es un escollo insalvable para alcanzar el acuerdo de asociación con la UE, que habría de significar un partenariado estratégico.

¹⁴ Ante el estancamiento de las negociaciones, el 3 de abril de 2007, delegados del MS solicitaron la intermediación del *Socialismo parlamentario europeo* (unos 200 legisladores) para dinamizar la negociación del acuerdo y contemplar de modo preferencial las asimetrías que traban las negociaciones. Destacaron la afinidad política y coincidencia ideológica, el común apoyo al multilateralismo en contraposición al unilateralismo estadounidense, la preocupación por el respeto a los derechos humanos, la democracia y la cohesión social que existe en los Estados de ambos bloques. Eduardo Sigal, Subsecretario de Integración Económica de la Nación de Argentina, representante argentino ante el *Taller y Foro Político “Integración en la Crisis. Desafíos en la integración UE-MS”* (con la presencia de Carlos “Chacho” Álvarez, Presidente de la Comisión de Representantes Permanentes MS), señaló: “Si Europa no flexibiliza las condiciones de acceso de nuestros productos agropecuarios y agroalimentarios, al igual que en el caso del ALCA y la OMC, las negociaciones seguirán trabadas”. Por nuestra parte, creemos que tal vez una flexibilización como la solicitada, probablemente destrabe las negociaciones en la Ronda de Doha de la OMC, pero no sería suficiente para destrabar las negociaciones del MS con la UE ya que sus objetivos son mucho más amplios y una de las condiciones básicas es la profundización institucional del MS.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

merciales, de las relaciones interregionales y de la legislación de ambos bloques. Las negociaciones propiamente dichas comenzaron en 1999, cuando los negociadores presentaron a sus Ministros un documento sobre estructura, metodología y cronograma de las futuras negociaciones. El primer encuentro de Jefes de Estado se realizó en Río de Janeiro el 28 de junio de 1999.

En la segunda Cumbre de Jefes de Estado (Madrid, 17 de mayo de 2002) se adoptó el *Plan de Acción*, el que consideró el fortalecimiento de la cooperación política en foros internacionales y la cooperación país por país, a través de delegaciones en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

El 25 de septiembre de 2002 la Comisión europea adoptó la *Estrategia Regional MS*, dirigida a apoyar al MS para que complete su proceso integrador con la construcción de instituciones centrales comunitarias, la armonización legislativa, la unión aduanera, la armonización estadística, la armonización macroeconómica, la adopción de normas técnicas y estándares comunes, entre otros aspectos. Varias veces, con insistencia, funcionarios europeos han destacado que no pretenden imponer modelos ni conductas al MS, sin embargo, tal como señaláramos previamente, si se pretende alcanzar los objetivos de un bi-regionalismo de tercera generación, es imprescindible que MS se transforme en un actor unitario (con personalidad propia en la escena internacional)¹⁵ y con un perfil definido¹⁶.

La UE solicitó repetidas veces al MS un mandato de negociación unificado, una especie de *fast track* para poder avanzar en las negocia-

¹⁵ El MS ha querido mostrar avances institucionales con la creación en 2003 de la Comisión de Representantes Permanentes; con la transformación a partir del 1 de mayo de 2003 de la Secretaría Administrativa en Técnica; con la entrada en vigor del Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias y el establecimiento del Tribunal Permanente de Revisión el 1 de enero de 2004; con la creación el 9 de diciembre de 2005 del Parlamento (en funcionamiento a partir del 7 de mayo de 2007); la entrada en vigencia en 2006 del Fondo de Convergencia Estructural (destinado a financiar programas para promover la convergencia estructural y atacar las asimetrías, desarrollar la competitividad, promover la cohesión social, en particular de las economías menores y regiones menos desarrolladas, y apoyar el funcionamiento de la estructura institucional y el fortalecimiento del proceso de integración). Por otra parte, y en sentido bi-regional Argentina y Brasil han celebrado en 2006 un acuerdo para la creación de un sistema de pagos bilaterales en moneda local entre los dos Bancos Centrales.

¹⁶ El perfil que pretende definir Chávez para el MS (al que adhieren Kirchner, Morales y Correa), indudablemente no ha de ser el que facilite un Acuerdo de Asociación interregional UE-MS.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ciones. En diciembre de 2003, tal como ya lo señaláramos, el MS creó la *Comisión de Representantes Permanentes del MS (CRP)*. Sin embargo, ello no es suficiente, ya que, si bien, Presidente de la CRP actúa como personalidad política destacada, sólo lo hace en calidad de portavoz del Consejo Mercado Común y la Presidencia *pro tempore* del MS.

Desde mayo de 2004 las negociaciones se han estancado y sólo se han llevado a cabo encuentros técnicos informales a nivel ministerial. Los ministros reiteraron la necesidad de atender en primer lugar las relaciones estratégicas bloque a bloque (lo que no se puede dar por la debilidad institucional del MS). La *Declaración Ministerial de Luxemburgo* de 26 de mayo de 2005 ha insistido en la negociación bloque a bloque, la necesidad de alcanzar una alianza estratégica que abarque las cuestiones políticas, económicas, comerciales y de cooperación y ha hecho expresa mención de la necesidad de construir la integración interregional, alcanzar la zona de libre comercio sobre la base del regionalismo abierto respetuoso del sistema de libre comercio de la OMC, subordinando los avances en las negociaciones interbloque a las conclusiones de la Ronda de Doha (las que fueron suspendidas en julio de 2005 y tímidamente retomadas en febrero de 2007).

La nueva prevalencia de lo multilateral y la búsqueda de convergencias interregionales en el marco del “regionalismo de tercera generación” es claramente observable en las manifestaciones de quien fuera hasta hace poco tiempo el Secretario General de la CAN, Alan Wagner, quien señaló que, si bien, anteriormente, el tema del Arancel Externo Común (AEC) era el punto central de un sistema regional, en la actualidad, a la luz del proceso de globalización, las políticas comerciales ya no giran en torno al AEC, siendo necesarios modelos más flexibles y abiertos al comercio, resultando esencial ir alcanzando convergencias con otros bloques, ampliando cada vez más los espacios, para una mejor inserción político estratégica a escala mundial.

Esta percepción política a escala global de las regiones ha llevado a que ciertos bloques regionales hayan tenido fragmentaciones y reasociaciones. Tal el caso de la CAN con la salida de Venezuela (2006) y el reingreso de Chile (que se había retirado en 1976, si bien ahora, el reingreso a la CAN ha sido sólo en calidad de Miembro asociado).

En la *IV Cumbre EULAC* (Viena 13 de mayo 2006), se señaló la prioridad estratégica que se asigna a la conclusión de un Acuerdo de Asociación “ambicioso” y “equitativo”¹⁷ con el MS, equilibrado en todas las áreas de negociación como “único modo de crear un am-

¹⁷ Significa esto que no se satisfacen con un acuerdo “light” que importe meras ventajas comerciales. “Equitativo” no significa que no admita trato especial y diferenciado, sin plena reciprocidad.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

biente seguro, estable, equitativo, de confianza mutua y acción conjunta a largo plazo”.

Es de observar que, al igual que en reiteradas ocasiones anteriores, los negociadores han hecho referencia a que se han realizado “importantes avances”, que ha habido una “atmósfera positiva y flexible” pero, inmediatamente, desdoraron esas manifestaciones, aclarando que “hay mucho por hacer”.

2. 2. Temas clave

El **Diálogo Político** contemplado en la *Declaración Conjunta de 1995*, anexa al Acuerdo se desarrolla a través de reuniones anuales de los Jefes de Estado, reuniones de Ministros y encuentros de altos funcionarios. La Declaración contiene una *cláusula democrática*: “quedan suspendidos los acuerdos o convenciones suscriptos en caso de producirse una ruptura del régimen democrático o violaciones graves de derechos humanos en los países signatarios”. Esta cláusula tiene efecto disuasivo para las democracias frágiles. Hasta hace poco, el *diálogo político* se consideró virtualmente concluido, si bien a la fecha aparecen algunas nubes en el horizonte para los entendimientos ya alcanzados. Éstas surgen de las políticas del Estado de Argentina, Bolivia, Venezuela y posibles nuevos ingresantes (Ecuador). Debe recordarse que la *Alternativa Bolivariana para Latino América* propugna el desarrollo endógeno y rechaza toda ayuda de países desarrollados, como los pertenecientes a la UE.

La **Cooperación**, se enmarca en lo que suele definirse como entendimiento de cuarta generación y ya alcanzado entendimiento suficiente para permitir la concreción del acuerdo interbloques. Es de tener en cuenta que la UE es el principal donante de ayuda al MS. Entre 2000 y 2006 la financiación para la cooperación regional y bilateral ha alcanzado 250 millones de euros. La ayuda a Argentina ha alcanzado a 65,7 millones; a Brasil 64 millones; a Paraguay 51,7 millones; a Uruguay 18,6 millones. La UE ha destinado 48 millones directamente al MS para el soporte de sus instituciones, para el sostén de la estructura económica y comercial y desarrollo del mercado interno; para el apoyo a la sociedad civil.

El tema **Comercio** es el que más dificultades ha acarreado hasta los últimos tiempos y es el que más ha trabado el entendimiento final por sus efectos no sólo comerciales sino sociales, laborales, etc. La UE, a pesar de las crisis brasileña de 1999 y argentina de 2001, ha sido y es el principal socio comercial del MS (26% total de los intercambios) (27% de exportaciones y 24 % de importaciones). Tal como lo señaláramos, el MS comercialmente no es tan importante para la UE ya que sólo representa el 3% de sus exportaciones y el

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

2,5% de sus importaciones. Esta asimetría es mero reflejo del patrón comercial vigente entre una región desarrollada, altamente industrializada y una en desarrollo.

Entre las dificultades se halla el hecho de que la protección arancelaria en la UE ronda el 6.9 % en tanto, en el MS, alcanza el 13%, llegando en algunos rubros (como el de automotores) a 35%¹⁸⁻¹⁹.

Por su parte la UE aplica importantes restricciones no arancelarias a productos provenientes del MS (restricciones cuantitativas, cuotas, políticas gubernamentales, prácticas administrativas, trabas técnicas, ambientales, etc.), a más de subsidios. MS reclama a la UE (al igual que a los EE.UU.) la reducción de sus subsidios a la agricultura. La UE reclama al MS que abra sus mercados en el sector servicios, productos industriales, sistema financiero y suministros al gobierno.

Debe tenerse en cuenta que las negociaciones siguen el modelo de “single undertaking”, “package deal” o “compromiso único”, es decir no habrá acuerdo hasta que no se alcance entendimiento en todos los aspectos.

3. Prospectiva

Se ha estudiado el efecto que habría de tener sobre el comercio el que se alcance un acuerdo interregional UE-MS. La herramienta más utilizada para pronosticar efectos de la liberalización en la actualidad son los modelos de *equilibrio general computable (EGC)*²⁰, que consisten en simulaciones de relaciones recíprocas y comportamientos óptimos entre los agentes (nivel macroeconómico) y los mercados. Permiten examinar las consecuencias de las distintas opciones de política económica. El estudio realizado en 1998 (“*snapshot*”) predijo que los flujos comerciales recíprocos reportarían unos beneficios de renta real de 6.200 millones de dólares anuales para la UE y 5.100 millones para el MS. Se estimó que el sector de MS más afectado sería el de los automotores.

Si bien, el aspecto comercial ha sido uno de los más difíciles para concertar, el problema institucional del MS y su falta de entidad como verdadero bloque regional seguirá siendo un impedimento para que se alcance el acuerdo buscado.

¹⁸ Por ejemplo en productos químicos es del 25%, en bienes industriales del 13,1 %, en maquinarias el 15,3 %.

¹⁹ Se trata de verdaderos “picos arancelarios”. La OCDE considera que cuando los aranceles superan el 15% o son tres veces superiores al arancel promedio constituyen “picos arancelarios”. La UNCTAD sitúa ese porcentaje en el 12 %.

²⁰ Estimaciones independientes de las elasticidades de oferta y demanda.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

No por nada la *Estrategia regional de la UE para el MS para el período 2007-2013* se centrará en el “apoyo a los esfuerzos del MS en completar el mercado común” (eufemismo que resalta la necesidad de que MS profundice sus estructuras y modelo integrador), como así también -como es obvio en el marco de las negociaciones- se facilite la implementación del futuro Acuerdo de Asociación Interregional.

Indudablemente, MS debe dar un salto cualitativo institucional, avanzando en el carácter comunitario (supranacional) de su modelo.

También los nuevos vientos políticos en el MS (particularmente, Argentina, Venezuela, Bolivia), traen sus propios escollos.

Cuando MS alcance verdadera identidad (no la personalidad jurídica que a sí mismo y en vacío se ha atribuido en el Art. 34 del Protocolo de Ouro Preto en 1994), a través de instituciones propias de un proceso de integración, alcance eficacia y credibilidad, se sustraiga a oscilaciones coyunturales (al menos en materia macroeconómica si no lo logra en la política), podrá afrontar sus desafíos políticos, de derechos humanos, de cohesión social y de pobreza y podrá alcanzar un acuerdo interregional con la UE, en el marco de los objetivos transregionales requeridos en este nuevo estadio global. A la luz de la situación actual, un largo camino por transitar.

BLANCA

CAPÍTULO II

UNIÓN EUROPEA Y REGIONALISMO MUNDIAL

(EUROPEAN UNION AND GLOBAL REGIONALISM)

Heinz G. Preusse

RESUMEN:

Desde los años noventa se observa un cambio en la organización de las relaciones económicas internacionales, desde el multilateralismo hacia diversas formas de la integración regional y tratados preferenciales. Los protagonistas del 'Nuevo Regionalismo' mantienen que éste tiene ventajas en términos de crecimiento y desenvolvimiento en comparación con el multilateralismo. Este trabajo analiza unos de los proyectos más importantes de la integración regional, MERCOSUR, NAFTA y ASEAN (AFTA), tomando la Unión Europea como punto de referencia. El objetivo es identificar las ventajas y desventajas de los proyectos referidos en relación al concepto del Nuevo Regionalismo. Concluimos que las ventajas del regionalismo, proclamado a nivel teórico, no se muestran en estas regiones en la mayoría de los casos.

PALABRAS-CLAVE:

Regionalismo - Unión Europea - MERCOSUR - NAFTA - ASEAN.

ABSTRACT:

Since the early nineties a new wave of regional integration is progressively shaping the structure of the global economic system. The proponents of this 'New Regionalism' maintain its superiority over the multilateral system. This paper analyzes some of the more important regional integration projects. In particular, I take the European Union, the prototype of the New Regionalism, as the point of reference for the analysis of MERCOSUR, NAFTA, and ASEAN (AFTA). The aim is to identify some of the

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

major advantages and disadvantages of these 'projects in progress', given the proclaimed merits of the New Regionalism from the theoretical point of view. I conclude that the advantages of the New Regionalism do not show up in the experience of most of these regions.

KEY WORDS:

Regionalism - European Union - MERCOSUR - NAFTA - AFTA.

SUMARIO: *Introducción. 2. La Unión Europea como punto de referencia. 3. El Regionalismo Mundial. 3.1. MERCOSUR. 3.2. NAFTA. 3.3. ASEAN y Asia del Este. 4 Conclusiones*¹.

1. Introducción

La Unión Europea (UE) es uno de los proyectos más importantes de la integración regional en el mundo. Fundada en 1957 en Roma como 'tratado de libre comercio' (TLC), se convirtió en una Unión Aduanera (UA) en 1968 y en un Mercado Común en 1993. En 1999 la Unión fijó una moneda común, el Euro. Desde 2002, el Euro es la moneda única de 13 de los miembros de la Comunidad. Además, la UE ha establecido algunas instituciones supra-nacionales y practica el principio de las 'cuatro libertades' que garantizan la circulación libre de bienes, servicios, capital y trabajo entre los participantes. En conjunto todo eso significa que la Unión cualifica como "proyecto de integración profunda" ("deep integration").

Mientras tanto la UE ha avanzado hacia un proyecto muy exitoso que sirve como ejemplo para otros países que piensan en programas propios de integración regional. De hecho, desde los años noventa, la idea de la integración regional como instrumento de crecimiento económico, así como medio para prestar más fuerza a la política externa, ha contribuido a la aparición de un proceso dinámico de la regionalización. Es decir, lo que observamos hoy en día, es la regionalización de la economía mundial. La expansión de tratados regionales de libre comercio (y de conceptos más avanzados) es impresionante. Hoy en día, la Organización Mundial de Comercio (OMC) cuenta 380 Tratados Regionales (205 en vigor y 175 anotados) (OMC, 2007). Los críticos mantienen que el Nuevo Regionalis-

¹ ABREVIATURAS: UE-Unión Europea; UA-Unión Aduanera; TLC-Tratado de Libre Comercio; OMC-Organización Mundial de Comercio; NR-Nuevo Regionalismo; NAFTA North American Free Trade Agreement; MERCOSUR-Mercado Común del Sur (do Sul).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

mo (NR) no sólo es un fenómeno cuantitativo sino que está cambiando el sistema económico internacional en sentido cualitativo. Los críticos del NR siguen preguntando “cuando tantos países quieren liberar sus comercios internacionales, ¿por qué necesitamos tantos contratos?”.

Esta pregunta no es trivial. Por lo contrario, es necesario contestar a lo que es clave para la valorización del regionalismo actual. En este discurso discutiré algunos aspectos importantes del asunto, tomando la UE como punto de referencia. Después de caracterizar a la UE, voy a elegir a tres proyectos importantes de integración regional, el MERCOSUR, el NAFTA (North American Free Trade Agreement) y la región Asia del Este para un análisis más profundo.

2. La Unión Europea como punto de referencia

Antes de caracterizar a la UE quisiera hacer dos puntos que contribuyen a una cierta inseguridad en muchos economistas en cuanto a la evaluación del fenómeno del regionalismo:

1. Durante mucho tiempo la teoría económica ha tratado el tema de integración regional como un problema estático de alocación de los recursos y de los flujos de exportaciones e importaciones. Según este análisis la integración económica regional, a causa de su carácter discriminatorio, provoca efectos de crecimiento y efectos de desviación de comercio exterior.

El concepto de multilateralismo, sin embargo, no tiene estos efectos de desviación. Por eso, el multilateralismo es preferible al regionalismo en términos de beneficios económicos. Sin embargo, trabajos recientes sobre el regionalismo toman una perspectiva más amplia e incluyen aspectos de crecimiento y de desenvolvimiento. Así, hoy en día, hay que diferenciar entre efectos estáticos y dinámicos de integración y proyectos de integración débil (TLC, UA) (“shallow integration”) y profunda (MC, Unión Política) (“deep integration”) (Lawrence, 1996).

Tomando en cuenta el carácter dinámico del asunto así como el aspecto de la integración profunda, el análisis de los efectos de la integración regional se presenta mucho más complejo que antes e incluye muy diferentes tipos de integración.

2. El segundo punto importante que se agrega a la incertidumbre de los economistas en cuanto al análisis del regionalismo es que el tema es interdisciplinario. Es decir, la mayoría de los proyectos no solo existe a causa de sus potenciales ventajas económicas. Por el contrario, son motivos políticos que son de suma importancia, mientras que los motivos económicos tienen solamente carácter ins-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

trumental. Uno de los ejemplos más importantes es la misma UE. El objetivo fundamental de su fundación ha sido el establecimiento de un orden político pacífico en Europa después de las destructoras experiencias de las dos guerras mundiales. Así, la integración de Alemania en el nuevo concepto europeo era mandataria.

Los fundadores de la UE ni siquiera tomaban como algo creíble que la integración política inmediata fuera posible. Por eso iniciaron el proceso de integración en el campo económico, esperando que la integración económica fuera el vehículo de la integración política.

Tomando en cuenta las relaciones estrechas entre las intenciones políticas y económicas, parece difícil analizar el regionalismo estrictamente en términos económicos. Sin embargo, es importante reconocer que los aspectos económicos del regionalismo tampoco deben ser sub-estimados. En el caso de la integración Europea eso significa que últimamente el éxito del proyecto depende de que la Unión se establezca como una región de desenvolvimiento continuo y de crecimiento estable. Los políticos Europeos ciertamente entienden esta condicionalidad. La iniciativa de Lisboa, por ejemplo, es un resultado de esta preocupación política con la fe económica de la comunidad.

Incluyendo los aspectos político-económicos se puede clasificar a la UE según el concepto del NR que anota dos objetivos centrales:

1. El establecimiento de una región de integración profunda en términos económicos y políticos (Mercado Común y, finalmente una Unión Política).

2. La implementación de un régimen económico abierto en cuanto a los no-miembros. (Este objetivo significa que la Comunidad debe obedecer a las mandas de Artículo 24 de la OMC).

Ambos aspectos están inevitablemente vinculados: la integración profunda por medio de la formación de mercados comunes establece mercados grandes y diferenciados, mejora a la alocución y (de suma importancia) la transferencia de tecnologías, disminuye los costos de las transacciones y sube las presiones competitivas. De esa manera ejerce un impacto positivo sobre el crecimiento económico. La apertura hacia el mercado mundial, a su vez, apoya los efectos internos del crecimiento.

Los aficionados de este concepto creen que la región, siguiendo estos principios, se establece como región de alto crecimiento, y, a su vez, entrega efectos de *spill-over* para los no-miembros. Como resultado, los efectos negativos de la discriminación de los no-miembros disminuyen o desaparecen. Entonces, desde el punto de vista económico (y del NR), el tipo de integración que promete más éxito es el que se define del modo más cercano a la Unión Política.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Sin embargo, en el camino desde el TLC hasta la Unión Política, el contenido político del tratado también crece. Evidentemente, con los asuntos políticos creciendo, los derechos de soberanía de los Estados participantes disminuyen. En concreto, siguiendo el concepto del NR, los Estados miembros están obligados de transferir sus derechos de soberanía sucesivamente a los cuerpos políticos regionales (*“sovereignty sharing”*). Políticamente entonces, la integración regional profunda no viene sin costos para los participantes. Regresaremos a este punto más tarde.

Hay que destacar que el concepto del NR se ha establecido en gran parte basado en las experiencias de la UE. No extraña entonces que la UE en este sistema aparece como un proyecto ya muy avanzado. Hoy en día tiene un mercado interno casi completamente integrado, es libre en cuanto al flujo de capitales y de trabajo, ha establecido un sistema supra-nacional de instituciones y avanza con políticas comunes y un sistema de derechos comunes (Tribunal Europeo). Por fin, en 1999, la UE ha establecido el Euro como moneda común. En cuanto a las relaciones externas, la UE cumple con los principios de la apertura hacia fuera (no obstante las áreas críticas de las políticas de comercio exterior como, por ejemplo, el sector agropecuario).

De esta manera, en términos del NR, la UE forma la agrupación regional más completa que existe actualmente en el mundo.

3. El Regionalismo Mundial

Este capítulo presentará algunas características claves de 3 regiones: el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) y la Región ‘Asia del Este’. Elegí estas tres regiones porque -junto con la UE- forman gran parte del mundo globalizado. De verdad, su desarrollo durante los años noventa ha cambiado significativamente las estructuras de la economía internacional.

En la literatura hay gran cantidad de explicaciones de este fenómeno. Unos dicen que los grandes cambios políticos, como el fracaso de la Unión Soviética y su imperio, han promovido al regionalismo. Algunos mantienen que las presiones de la globalización han aumentado la demanda por integración económica y política regional. Otros ofrecen el argumento que los EE.UU., al perder a su poder hegemónico, han dejado de preocuparse del sistema multilateral que, en consecuencia, ha perdido su vigor político. Por eso, el regionalismo está suplantando al multilateralismo poco a poco (véase Preusse, 2004). En esta ocasión no voy a discutir estas causas ex-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ternas a la revitalización del regionalismo. Más bien el objetivo de este estudio es analizar el progreso de los tres proyectos en relación con el concepto de NR.

3.1. El MERCOSUR

El MERCOSUR fue fundado después de la década perdida y del fracaso del modelo de la sustitución de las importaciones. Sigue (o seguía) al concepto del NR y proclama la aspiración de formar un mercado común y abierto. Con este objetivo parece más cercano al modelo europeo que las otras regiones, al menos formalmente.

Sin ir a detalles se puede destacar que para los fundadores del MERCOSUR el tratado regional era un pilar de una América Latina nueva y abierta y, a su vez, un instrumento de la reintegración a la economía global. También había ambiciones políticas como la reunión pacífica de la región y la formación de un grupo más poderoso en cuanto a las políticas extra-regionales.

La idea principal de los fundadores era realizar un proceso de integración profunda y parecida al de la Unión Europea, pero sin establecer ningún sistema supra-nacional de instituciones. A diferencia de la creación de instituciones comunes se tenía la intención de manejar la región por medio de una coordinación intensa regional. En la realidad, las decisiones presidenciales “ad hoc” eran el instrumento principal de coordinación y de desenvolvimiento del proyecto.

Durante los primeros años de su existencia, el MERCOSUR avanzó rápidamente. Se bajó el arancel promedio desde aproximadamente 40% a 12% y se redujeron las barreras no-arancelarias de una manera radical. Hacia adentro, también se liberó a los mercados significativamente. En 1995, aproximadamente, el 85% de las posiciones aduaneras eran libres de restricciones. Más y más inversores internacionales redescubrieron al Cono Sur como objetivo de inversiones directas y la región parecía encontrarse en un estado de euforia. Dado a estas condiciones favorables parecía relativamente fácil seguir el camino exitoso de la integración hacia el final. En 1995 se fundó la Unión Aduanera.

Como sabemos hoy, las visiones de los años noventa no se han materializado. Además de algunas deficiencias estructurales del concepto económico del MERCOSUR (Preusse, 2004), hay dos puntos claves que hay que anotar:

1. La UA conllevó para los miembros la obligación de ejercer una sola política de comercio exterior. Dicha obligación implicaba que los miembros traspasasen una parte de sus derechos de soberanía

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

nacional hacia la comunidad (capítulo 2). Se tardó poco en comprobar que ni Argentina ni Brasil querían respetar esas limitaciones de su autonomía en serio. Así, acciones nacionales y unilaterales fueron la regla, no habiendo gremio ni institución que pudiera terminar con el abuso de las reglas de la UA. La política misma desacreditó a la UA porque no respetó sus propias reglas. Evidentemente, existe una cierta antinomia entre las aspiraciones del concepto de integración, que exige un cierto grado de ‘compartimiento de los derechos de soberanía’ (“sovereignty sharing”) y las realidades políticas nacionales.

Esta observación es importante para la evaluación de la perspectiva de formación de un pleno mercado común. Como ya destacó, cada movimiento hacia el mercado común exige más disciplina en el campo de políticas nacionales porque más y más derechos nacionales se pierden en la región. Aparentemente se carece de voluntad política para aceptar esta consecuencia de la integración profunda. Por eso parece dudable, en este momento, que se pueda avanzar en el proceso de integración profunda, más allá de la UA, en tanto viva la contradicción entre el deseo de formar un Cono Sur (o, más bien, una América Latina) bien integrado y las realidades de las políticas nacionales.

2. El MERCOSUR todavía es una UA incompleta. 15% de las posiciones aduaneras no están dentro del programa. A primera vista esto no parece una barrera grande para el futuro del proyecto. Sin embargo, ese 15% incluye sectores sensibles como la industria automotriz y la del azúcar, que no son fáciles de integrar. Además, son sectores muy importantes de la región en términos cuantitativos.

El sector automotriz, por ejemplo, forma una parte clave de la industria brasileña (más de 10% de la producción industrial) y también es de gran importancia para Argentina. Sin embargo los aranceles en este sector todavía están en el 35%. Además, el comercio intra-regional todavía obedece a las reglas del ‘comercio equilibrado’, que sigue una filosofía que es exactamente lo contrario de un mercado libre. Más concretamente, el sistema de ‘comercio equilibrado’ elimina el funcionamiento de los precios y de la alocución de los recursos.

Desde la fundación de la UA se planifica terminar este vestigio de modelo de desarrollo administrativo. En varias ocasiones se ha decidido su cercana eliminación. Y cada vez uno de los actores rechazó al acuerdo. Ultimamente lo hizo el presidente Argentino Kirchner quien revocó el plan de integrar este sector en el concepto de UA en 2006.

No obstante estas deficiencias, lo que pesa aún más es que durante el final de los años noventa había un retraso significativo de reformas ya decididas e implementadas. Argentina, en particular

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

combatió su crisis nacional y las turbulencias internacionales por medio de nuevas barreras no-arancelarias.

Como ya sabemos, las políticas de austeridad y la reintroducción de instrumentos proteccionistas no tuvieron éxito. A finales del 2001, Argentina cayó y sufrió una de sus crisis más graves de los últimos cien años. Lo que interesa en este contexto es que el MERCOSUR también pareció ser una víctima de la crisis.

Esto no ocurrió, el MERCOSUR todavía vive. Pero no queda mucho de la euforia de los noventa. Sí, los nuevos gobiernos en Argentina y Brasil proclaman su obligación de seguir adelante en el camino de la integración regional. Pero la retórica y la realidad no coinciden. Desde años, la región disfruta de un *boom* de materias primas y sus economías crecen fuertemente. Sin embargo no hay progreso en los campos centrales del proyecto “Mercado Común” (Schlageter/Preusse, 2008). Teniendo en cuenta que el nuevo miembro Venezuela no va a cambiar al rumbo del MERCOSUR hacia nuevas reformas de mercado, hay que concluir que, en este momento, no se puede saber cómo el concepto original del MERCOSUR puede ser revitalizado.

Por eso, desde el punto de vista de hoy, hay que destacar que el concepto del NR en el MERCOSUR no ha avanzado bastante bien y no puede entregar las ventajas esperadas. Además de las deficiencias económicas del proyecto que no puedo discutir en este discurso, la discusión ha revelado dos cosas principales de ese resultado:

1. No existe realmente la voluntad política de compartir y ejercer juntos los derechos de soberanía nacional a nivel común. Este hecho significa que la fundación de una comunidad de naciones del tipo “integración profunda” (Mercado Común) está fuera de las realidades.

2. No existe la voluntad política al día de hoy en la región para realizar un régimen común que esté basado en mercados e ignore a las reglas de los mercados globales.

3.2. NAFTA

NAFTA, desde el punto de vista conceptual, es un proyecto muy diferente de la UE y del MERCOSUR. A primera vista, es un *área de libre comercio*. No tiene instituciones comunes, ni concede la migración entre los países miembros, ni tiene la intención de practicar políticas comunes.

Sin embargo, NAFTA no es un simple TLC, pues incluye además aspectos económicos y políticos importantes. Económicamente, el carácter del NAFTA se expresa en la liberación casi completa de los

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

flujos de capitales y la realización del principio de trato nacional de inversionistas extranjeros (Canadá y EE.UU.). Este último punto es de suma importancia bajo las condiciones de la globalización, porque permite a las empresas transnacionales introducir redes internacionales de producción en toda la región y en países afuera del tratado. De esta manera es posible alojar a los recursos según las ventajas competitivas de México, Canadá y de los EEUU. Según Ethier (1998), la internacionalización o regionalización de la producción es una de las características centrales del NR. De tal manera, NAFTA se clasifica como una región que lleva importantes elementos de la integración profunda. La evidencia empírica sobre el NAFTA, tanto como los resultados de los modelos cuantitativos de equilibrio, reiteran la importancia de la liberalización de los flujos de capitales y de las inversiones directas extranjeras. Mientras se estima que los efectos de la liberación del comercio intra-regional sean muy moderados en el caso de NAFTA, los efectos del uso más intenso del capital aparecen como las principales fuentes del crecimiento económico adicional. Las inversiones directas, en particular, aceleran las transferencias de tecnología y mejoran la colocación de los recursos.

De hecho, los flujos de inversiones directas hacia México han crecido substancialmente durante los últimos 12 años. Es interesante señalar cuales son los sectores en México que disfrutaron del capital extranjero. Por un lado, son aquellos sectores que usan relativamente mucho trabajo, como la industria de textiles y el sector de las maquiladoras (Preusse, 2004). Por otro lado, son los servicios modernos, como los bancos y la industria automotriz, los que han recibido mucho capital extranjero.

Hay que destacar que, en una sola década bajo el régimen del NAFTA, la industria de automóviles se ha integrado en la red norteamericana de producción. Como consecuencia de ello, hoy en día, los automóviles producidos en México son competitivos no sólo en el NAFTA, sino también en el ámbito global.

A ese éxito hay que valorarlo con referencia a la fe de la misma industria en el MERCOSUR: allá, los mismos productores, con las mismas capacidades de tecnología y gestión, no han levantado cabeza y aún producen ineficientemente.

¿Cuales, entonces, son las causas de estos desarrollos tan diferentes? Un candidato muy importante es el ámbito institucional. En concreto, las condiciones institucionales del MERCOSUR no permiten a la industria automotriz incluirse con éxito en la red global de la producción. Pero sin esta integración, la industria (y la región) tampoco tienen perspectivas atractivas.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

A pesar de los ejemplos de desarrollos industriales favorables en el NAFTA, no todo va bien en México. Aparentemente, el sector “otras industrias”, en el que quedan muchas empresas pequeñas y medianas mexicanas, no ha recibido muchas inversiones extranjeras. Además, las empresas nacionales no tienen acceso a los mercados internacionales de capitales. Por eso tienen que financiarse por el sector bancario nacional, que ofrece condiciones menos favorables. Por lo tanto, esas empresas mexicanas tienen que sobrevivir en el difícil proceso de reestructuración bajo condiciones específicamente desfavorables.

Como ya he mencionado, NAFTA concede el flujo libre de capitales, pero no el del trabajo. Al contrario. Del punto de vista de los EE.UU., una de las ventajas más grandes del NAFTA es la disminución de los flujos de inmigrantes mexicanos.

Esta esperanza vive de dos convicciones distintas. Primeramente, se espera que los emigrantes amenacen a la economía, al empleo y a la identidad nacional americana. En segundo lugar, el NAFTA trabajará en contra de esa migración (mexicanos a los EE.UU.) y de las amenazas que cause.

Analizando el asunto económicamente, hay que diferenciar entre los efectos a corto y a largo plazo. A largo plazo, la inmigración, al igual que el flujo de capitales, contribuirá a la convergencia económica de los participantes del área de libre comercio, siempre y cuando el proceso de integración funcione bastante bien. Un aspecto importante es que la migración (que se realiza fuera del sistema NAFTA) provocará una reducción relativa de los sueldos (del trabajo menos cualificado) en los EE.UU. y una suba relativa y absoluta en México. Pero con el efecto de crecimiento continuo a largo plazo, el nivel de vida seguirá subiendo en toda la región. Entonces, la perspectiva a largo plazo revela que los obstáculos de la inmigración que existen en el NAFTA son contraproducentes, porque interrumpen el proceso de convergencia y la disminución de la migración.

A corto plazo, el impacto de la formación del TLC es más complejo. La liberación de los mercados internos da señales para una realocución de los recursos según las ventajas comparativas. Por eso hay que esperar que unas industrias vayan a crecer y otras tengan que re-estructurarse o sufrirán pérdidas. De esta manera, durante el proceso de ajuste, el desempleo tiene tendencia a subir y las condiciones para subir los sueldos disminuyen. Al mismo tiempo, en la región integrada, las informaciones de la población en cuanto a la posibilidad de encontrar empleo en los países vecinos mejoran mientras que los costos de la inmigración bajan. Bajo estas condi-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ciones, hay que esperar que la inmigración crezca a corto plazo. Los datos indican que esto realmente sucedió en el NAFTA².

No extraña entonces que la percepción del NAFTA en los EE.UU. es ambivalente. Sí hay que reconocer que el NAFTA ha sido exitoso en el ámbito económico. Pero no parece contribuir a la solución del problema de la migración. Sidney Weintraub lo llevó al punto exacto, diciendo que el NAFTA en los EE.UU. se considera '*a politically unpopular economic success*'.

Finalmente, hay que destacar unos aspectos del ámbito internacional de la época en que se implementó el NAFTA. El tratado fue establecido durante una época de grandes turbulencias en el campo de la política económica internacional. En 1993, la UE implantó el mercado común que ya había anunciado en 1986. En esta época muchos observadores temieron que la UE regresara al proteccionismo. El término 'fortaleza Europa' apunta bien al miedo que los países externos sufrieron en cuanto al futuro de Europa. Además, las negociaciones del GATT de la Ronda de Uruguay no progresaban y el futuro del modelo multilateral era puesto en duda. En este ámbito, los EE.UU. recurrieron al regionalismo como instrumento de avance en el proceso multilateral. México, a su vez, huyó hacia el NAFTA para asegurarse el acceso a su mercado principal. Al mismo tiempo, el presidente Mexicano, Carlos Salinas –al igual que Bush en los EE.UU.–, quería poner las reformas mexicanas en una base más estable por medio de un acuerdo regional. Así, se puede constatar que el NAFTA, igual que la UE y el MERCOSUR, nació en un conjunto de constelaciones internas y externas, políticas y económicas.

Resumimos: El NAFTA, con algunas pocas excepciones, no tiene objetivo de establecer instituciones comunes. Ni México, ni los Estados Unidos, ni Canadá, tienen la intención de compartir su autonomía política con los otros. Sin embargo, la liberación del comercio intra-regional ha sido muy eficaz. Hoy en día, casi todos los bienes pasan las fronteras sin barreras arancelarias. Las exportaciones e importaciones crecieron notablemente. Y además, la liberación de los flujos de capitales, de las inversiones extranjeras directas en particular, ha contribuido a cambiar la estructura productiva en la región, aumentando el grado de integración de manera significativa.

La experiencia del NAFTA indica que el proceso de integración

²En el caso de NAFTA otros desenvolvimientos económicos han jugado un papel en el asunto de la migración. Mientras que en México los sueldos permanecieron a niveles bajos, la bonanza de la Economía Nueva en los EE.UU. ha causado un crecimiento fuerte de los sueldos. Entonces, en la realidad, la diferencia de los sueldos entre ambos países creció.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

regional necesita mercados abiertos de bienes y de capital para progresar. Pero no parece mandatario que el proceso de integración de los mercados sea apoyado por instituciones políticas comunes de tipo europeo.

3.3. ASEAN y Asia del Este

Hablando de Asia aquí, me refiero a las regiones de Asia del Este, a las del Suroeste, a Japón y a China. Dejando aparte a la India, este bloque de países representa a la mayoría del poder económico asiático.

Al principio, hay que destacar que la región no practicó ningún tipo de regionalismo oficial hasta hace poco. En realidad, la mayoría de los países no tenían vínculos estrechos, ni políticos, ni económicos.

Por un lado existían fuertes obstáculos políticos que bloquearon cada intento de acercarse económicamente. En China, por ejemplo, el Maoísmo había rechazado contactos con el extranjero de manera permanente. Desde hace aquella época, la situación está cambiando poco a poco, abriendo nuevas opciones regionales. El camino de los demás países comunistas no era muy distinto del de China.

Por otro lado, Japón y las llamadas economías en vía de desarrollo industrial (NICs) de la primera generación (Hong Kong, Singapur, Taiwán y Corea del Sur) practicaron estrategias de exportación al mercado mundial. En los primeros años no encontraron sus mercados en Asia, pero sí en Europa y los EE.UU. Hacía allá exportaron con mucho éxito usando sus ventajas relativas. Consecuentemente, el potencial de comercio intra-regional y las necesidades de cooperación regional habían sido limitados.

Esta situación cambió cuando Japón practicó un proceso fuerte de expansión en el mercado mundial. Las ventajas comparativas de la economía japonesa se transformaron hacia bienes más elaborados, y se perdió la ventaja comparativa en procesos sencillos y laboriosos. El cambio en las estructuras económicas de Japón repercutía en los NICs de la primera generación. Estos países empezaron a producir los bienes en los que el Japón había perdido la ventaja comparativa.

Pocos años después, el proceso de graduación también afectó a otros países, pasándose las ventajas de producción laboriosa a los NICs de la segunda (Tailandia, Malasia, Indonesia) y tercera generación (China y Vietnam).

En la literatura, este proceso de crecimiento y desarrollo tiene varios nombres. En Asia, lo llaman *Flying Wild Geese Pattern* (desa-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

rrollo tipo vuelo de ganso) (Yamazawa). Otros hablan del *stages approach to comparative advantage* (escalones de ventajas comparativas) (Balassa, 1977), o del *Continuo de ventajas comparativas* dinámicas (Preusse, 1991). Este último término ofrece la oportunidad de interpretar el espíritu de la teoría estática de Heckscher y Ohlin en términos dinámicos.

Dejando de lado los términos técnicos, hay que anotar que el proceso de graduación sucesivo ha aumentado el potencial del comercio intra-regional vía dos caminos principales:

1. Mientras que las empresas japonesas se graduaron en su mercado nacional, apoyaron la industrialización de sus vecinos en los sectores en que Japón perdió sus ventajas. En consecuencia, se desarrolló un sistema de producción bien anclado en la región con Japón como 'ganso' líder. Paralelamente, se desarrolló una expansión rápida del comercio intra-regional con insumos.

2. La expansión industrial puso en marcha un proceso dinámico de crecimiento económico. De esta manera, los sueldos subieron, la demanda aumentó rápidamente y el potencial de exportaciones e importaciones dentro de la región siguió creciendo.

También hubo intervenciones políticas con la finalidad de reforzar los procesos de desarrollo económico. El gobierno japonés, por ejemplo, intervino en el proceso económico en muchas ocasiones y apoyó fuertemente a los NICs en la construcción de infraestructuras. Los NICs, a su vez, experimentaron con zonas especiales de producción. También se establecieron ciertas formas de cooperación subregional, los llamados triángulos de crecimiento.

El triángulo SIJORI, por ejemplo, delimitado por Singapur, Johor en el sur de Malasia y Rian en el oeste de Indonesia, es uno de los más conocidos. La zona económica *Greater China*, que comprende a Hong Kong, Taiwán y a unas provincias de China, como Guangdong y Fujian es otra. Sin embargo, todas estas actividades se celebraron a nivel subregional y se desarrollaron principalmente como actividades privadas. Las autoridades estatales no han intervenido, meramente las han tolerado.

Por lo tanto, se puede concluir que en Asia, hasta hace poco, no existían estrategias políticas institucionalizadas de desarrollo regional salvo ASEAN. ASEAN fue fundado en 1967 y principalmente persiguió objetivos de política exterior y de seguridad hasta hace poco. Sólo cambió hacia el ámbito económico en los noventa.

Ignorando el caso ASEAN, se puede concluir que hasta los años noventa la región no aplicó políticas sistemáticas de integración regional.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

A pesar de la ausencia casi entera de actividades políticas de integración, la región se desarrolló con vínculos más y más estrechos en el ámbito económico. Hoy en día, hay interdependencias fuertes entre producción y comercio. Mientras tanto, las políticas de integración regional también han cambiado bastante. El cambio comenzó en 1990, cuando el primer ministro de Malasia, Mohammed Mahatir, propuso que ASEAN se reúna con Japón, Corea del Sur y China para formar el llamado *grupo económico de Asia del Este* (East Asian Economic Group).

La propuesta de Mahatir no se realizó, pero durante la gran crisis de Asia del 1997, su idea renació con el proyecto de ampliar al área de libre comercio del ASEAN, AFTA, fundado en 1992, en el ASEAN+3, incluyendo a Japón, Corea del Sur y China.

Todavía no hay ningún acuerdo sobre el ASEAN+3. Solamente existen cumbres políticas anuales en las que se discute la factibilidad de este proyecto. Sin embargo, muchos observadores opinan que la mera realidad de conferencias conjuntas entre los enemigos de antes señala una declaración clara de cambio de rumbo en las políticas regionales de Asia del Este.

En realidad, una nueva región en Asia, que comprendería a los diez países de ASEAN, *Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia (1967), Brunei (1994), Vietnam (1995), Myanmar y Laos (1997) y Camboya (1999)* más *Japón, China y Corea*, cambiaría drásticamente la estructura de la economía internacional.

Dado el peso económico y político de aquellos países, no parece inútil echar un vistazo a estas ocurrencias. En primer lugar analizaré cuales son las raíces de esta nueva pasión por el desarrollo regional en Asia. Voy a destacar cuatro puntos esenciales que dominan las discusiones en la región:

1. La crisis asiática de 1997. Esta crisis sorprendió al mundo entero, y más a la región misma. Mucha gente en Asia, al igual que observadores internacionales, como Joseph Stiglitz, creen que la fuerte dependencia asiática de recursos del Fondo Monetario Internacional y de los EE.UU. ha agravado la crisis. En consecuencia, se alzaron voces que reclamaron más independencia para la región. De este punto de vista, se puede explicar bastante bien por qué las ideas de Mahatir han tomado nuevas fuerzas en 1997.

2. La pérdida creciente de fe en el futuro de la OMC y del multilateralismo en conjunto, con la expansión misma del regionalismo en el resto del mundo, han llevado a los políticos en Asia a reconsiderar su percepción propia del regionalismo. Claro que sí, el fracaso de las negociaciones de la ronda de Doha en julio 2006 ha intensificado la discusión sobre el regionalismo en Asia.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

3. La situación delicada de la OMC no se puede explicar suficientemente sin reconocer la debilidad de los EE.UU. como patrón del sistema multilateral. Hoy en día, los EE.UU., bajo el concepto '*multitrack*' –multilateral, regional e unilateral– ya no perciben su responsabilidad por el funcionamiento del sistema. Al contrario, ellos mismos lo perjudican frecuentemente con su política unilateral agresiva. El tema de los estándares ecológicos y de trabajo, por ejemplo, alarma a todos los países en vía de desarrollo. En Asia, en particular, el tema de la protección de la propiedad intelectual es de alta importancia. En Asia, también se acusa a los EE.UU. de que el des-entrevimiento del APEC no pudo tener lugar por exigencias inaceptables por parte de éste país.

4. La expansión misma del regionalismo en todas las partes del mundo da fuerza de participación a este proceso, si bien, no se esperan ventajas propias. Es decir, en el ambiente del regionalismo mundial parece necesario reunirse a nivel regional para aumentar el poder político y asegurar el acceso a los mercados.

Evidentemente, tres de los cuatro argumentos indican que la discusión en Asia sobre el tema del regionalismo se alimenta de la preocupación de que el sistema unilateral caiga:

- La percepción de que el multilateralismo ya no tiene ningún líder responsable.
- La debilidad de la OMC, causada por varios factores.
- El miedo a la proliferación descontrolada de acuerdos preferenciales regionales.

Si eso es correcto, hay que notar que las nuevas políticas en Asia no (sólo) son una reacción que tira a la imitación de los modelos exitosos en Europa y en las Américas. Más bien es una reacción defensiva para protegerse de los efectos negativos del regionalismo en otras partes del mundo.

Sin embargo, los problemas más delicados no se esperan en el campo económico, sino en la esfera política. Económicamente, el ASEAN+3, sin duda, tiene sentido. Como consecuencia de la estrategia del ganso volante, las relaciones entre la producción y el comercio de la región son relativamente estrechas. Hoy en día, casi el 50% del comercio exterior de la región es del tipo intra-regional. Además, incluye países con niveles económicos muy diferentes, como Japón, Malasia y Camboya. De tal manera, la región, incluyendo China, incluye aproximadamente un tercio de la población mundial y revela la estructura de la economía mundial. Según Kreinin y Plummer (1994), esta estructura crea buenas condiciones para la formación de una región exitosa. También se sabe que grupos regionales del tipo norte-sur tienen más potencial que los proyectos sur-sur.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

No obstante, la situación política de la región no favorece a ninguna cooperación estrecha. Hay fuertes obstáculos históricos y además, diferencias graves de cultura y religión. No trataré estos aspectos culturales aun cuando son de suma importancia para el entendimiento de la situación en Asia. En este contexto me fijo en algunos aspectos políticos que tienen su raíz en el ámbito histórico-cultural.

En particular, son las tensiones históricas que rigen las relaciones entre China y Corea por un lado y Japón por el otro. No hay muchos que, bajo las condiciones actuales, pueden imaginarse una cooperación intensa entre estos tres países. Por eso, el proyecto ASEAN+3 parece bastante ilusorio.

Sin embargo, la demanda de cooperación ha crecido bajo las nuevas condiciones externas y ahora exige soluciones. Una solución serían las negociaciones bilaterales o las llevadas a cabo con participantes que no viven en plena confrontación. Una vez que haya un acuerdo entre ellos se puede ampliar el círculo de participantes e incluir a candidatos más problemáticos. Esta estrategia ya es discernible. Lee/Park (2006) por ejemplo cuentan más de veinte nuevos acuerdos regionales en la región. 28 más están en estado de negociación. La mayoría son programas bilaterales.

Los hechos más importantes se observan alrededor del proyecto ASEAN+3. En la actualidad, Japón, Corea del Sur y China están negociando acuerdos de libre comercio con el ASEAN, cada uno por su lado. Se dice que las negociaciones más avanzadas hasta ahora son las entre ASEAN y China. Se han puesto en marcha programas parciales de comercio libre, y algunas cooperaciones.

Todas esas actividades son muy delicadas desde el punto de vista geopolítico. Pues en el caso de que no se establezca un acuerdo que reúna a la región entera, una de las economías grandes se quedará fuera. En realidad, un acuerdo entre ASEAN y China que excluyera a Japón sería tan conflictivo como un acuerdo entre ASEAN y Japón que excluyera a China. A causa de esto, algunos protagonistas proponen que ASEAN contrate acuerdos bilaterales con China y los demás países. Pero tal solución tampoco sería satisfactoria, ya que implica una construcción llamada *hub and spokes* (cubo y rayo).

La construcción 'cubo y rayo' llevaría a una situación en la que el ASEAN (cubo) disfrutaría de todas las ventajas del libre comercio con todos los participantes. Los rayos sólo disfrutarían de las concesiones bilaterales del ASEAN. Tal construcción sería inestable y potencialmente peligrosa en el sentido político. Por lo tanto, el proceso de realización de una mega-región ASEAN+3 que incluya a China y

a Japón implicaría un combate serio por la supremacía en Asia. Por supuesto, la exclusión de uno de los grandes poderes causaría peligrosas turbulencias internacionales.

4. Conclusiones

En esta ocasión, he analizado algunos aspectos del regionalismo mundial. Me concentré en el MERCOSUR, el NAFTA y la situación en Asia. El punto de referencia ha sido la UE.

Mucha gente ve a la UE como el prototipo del NR. Realiza un alto grado de integración y apertura, y, de tal manera, produce un crecimiento bastante alto. Sin embargo, la UE no es un éxito rotundo. No siempre han sido rechazadas con fuerza suficiente las presiones de protección de ciertos grupos de interés. En cuanto a los países en vía de desarrollo, en particular, el sector agrícola y la industria de textiles son los ejemplos más negativos. En otros sectores la UE practica formas sutiles de protección no arancelaria y los tratados preferenciales con los países en vía de desarrollo contienen muchos elementos de discriminación. En los años ochenta, cuando se propusieron el mercado común, el mundo se temía que la UE se retiraría más del mercado mundial. Se habló de la *fortaleza Europa* que amenazaba al sistema multilateral y a la OMC.

Aun cuando los temores más graves no se materializaron, hay que admitir que la UE tiene dos rostros. Uno es lindo y representa a las buenas ideas del nuevo regionalismo. El otro, sin embargo, es feo y simboliza al mismo proteccionismo que pretende combatir. En realidad, son ambas características de la UE que han contribuido a la extensión del regionalismo contemporáneo. A unos les atrajo el ideal de asegurar el acceso a los mercados regionales e internacionales (regionalismo abierto), mientras que a otros fueron estimulados para iniciar proyectos de contrapoder y neo-mercantilismo.

Con la fundación del NAFTA, la UE dejó de ser el caso especial en los asuntos regionales. Países en cualquier parte del mundo empezaron a buscar nuevos caminos en el terreno regional. La proliferación del regionalismo empezó. También en los círculos académicos, la percepción del nuevo regionalismo era más y más positiva. Se insistió en los efectos potenciales de crecimiento y las ventajas políticas. Además, a otros les parecía que el regionalismo se pueda instrumentalizar como alianza en contra de las exigencias de la globalización.

A pesar de todo, hasta ahora la UE continúa siendo un caso excepcional. Solamente el NAFTA parece ser un contrapunto de igual peso económico. El NAFTA, sin embargo, ejemplifica un tipo muy

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

distinto de integración regional en comparación con la UE. Renuncia de manera explícita a la idea de la integración política y de instituciones supranacionales.

El caso de NAFTA enseña que descuidando los aspectos de integración profunda no necesariamente se daña a la región, siempre y cuando se practique el flujo libre de bienes, de servicios y de capital hacia adentro y hacia afuera. Esta observación también pone en duda la tesis que la intensificación de las interrelaciones económicas regionales en el mercado común necesariamente fuerza las interrelaciones políticas. De facto, esta tesis ha dominado el proceso de integración europea desde sus primeros días.

Aun cuando no sabemos todavía cómo se desarrollará el NAFTA, hay que tener en cuenta que desde hace un par de años no se observan tendencias políticas significantes de integración más estrecha entre los tres países.

Asia representa a otro campo de experimentación regional. La región ahora forma un conjunto bastante estrecho de redes de producción y comercio. Sin embargo, hasta hace poco este proceso tenía lugar sin apoyo alguno de reglas especiales de integración regional. Por supuesto, hoy en día observamos varias actividades regionales que apuntan a acuerdos más institucionalizados. Pero estas actividades parecen ser más una consecuencia de la difusión del regionalismo en otras partes del mundo que el resultado de grandes fuerzas internas de integración. Es decir, el nuevo regionalismo en Asia parece más una respuesta defensiva a la segmentación de los mercados internacionales que una consecuencia inevitable de las interrelaciones ya existentes en la región.

Si eso es correcto, tenemos que concluir que, tras la fundación de la UE y del NAFTA el NR se alimenta más de su propia existencia que de su atractividad económica y sus perspectivas de crecimiento.

La consecuencia de esta observación es que la discusión sobre el regionalismo mundial todavía está por comenzar. Evidentemente, la suposición que la integración regional es un camino seguro de generar beneficios económicos y políticos para la región y todo el mundo, tiene poco apoyo en los hechos a nivel global. Por lo contrario, este análisis respalda a aquellos que previenen contra los efectos negativos del regionalismo. Se compadecen del llamado regionalismo *Spaghetti-Bowl* (Bhagwati) y anotan que el nuevo bilateralismo, que aparece con éste, lleva varios peligros cubiertos y clandestinos. Los escépticos mantienen que el regionalismo presenta una grave amenaza para el sistema multilateral y para los países pequeños en particular.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

¿Es la UE un caso especial? Muchos observadores abrazarían esta tesis. De hecho, hay que mencionar que la UE se ha transformado durante el último medio siglo (se celebró el quincuagésimo aniversario de los tratados de Roma el 27 de marzo de 2007) de un simple grupo de libre comercio en una unión estrechamente integrada. No obstante, el objetivo final, la unión política, no se ha realizado todavía. Hoy en día, no hay ideas concretas de integración política, ni se sabe qué camino llevará a que se realice la unión completa.

El intento de implementar una Constitución Europea fracasó hace poco. El tratado nuevo que debe terminar la paralización política indica que los pueblos europeos todavía no están seguros sobre cuál será el futuro político del proyecto.

Y el proyecto Euro que se celebra por la fuerza actual de esta moneda, no ha demostrado su viabilidad bajo condiciones más difíciles de los mercados monetarios internacionales. Asimismo, los cambios dramáticos en las posiciones competitivas entre los países miembros que se observan en los últimos cinco años no se discuten en público.

Finalmente hay que cuestionar la tesis que la integración profunda y abierta de la UE es una garantía para un crecimiento económico fuerte. En estos días, en la UE no se confirma esta tesis. El crecimiento económico promedio de la UE está por debajo del nivel de NAFTA y Asia, por ejemplo. Y el problema del desempleo de Europa es endémico. Los políticos europeos sí ven estos problemas y proponen varias estrategias para revitalizar el crecimiento económico. Un ejemplo es la llamada iniciativa de Lisboa, otro es el proceso de Bolonia. Ambos proyectos tienen la finalidad de aumentar el potencial innovador y de la formación de capital humano de la región. Sin embargo, los resultados hasta ahora son moderados.

Estas anotaciones escépticas no se deben tomar como un alegato en contra del concepto europeo. Por cierto, la UE es mucho más que un mercado común. Por eso no sería correcto evaluarla simplemente en términos de crecimiento económico. Sin embargo, hay que concluir que el éxito económico de un acuerdo regional depende de manera crítica de los conceptos específicos que se usan. Es decir, la región, al igual que sus miembros, tiene que preocuparse de reglas adecuadas de funcionamiento de los mercados.

Los protagonistas del movimiento del NR han destacado que el mismo proceso de integración ya garantiza la modernización de las instituciones casi automáticamente, y esto en turno mejoraría las condiciones de crecimiento fuerte y estable de la región. La realidad enseña que esto no es cierto. El acto de la modernización institucional

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

es crítico y depende de las capacidades políticas. El caso de la UE confirma esta tesis: si ofrece un potencial de crecimiento alto y estable, pero las deficiencias del sistema político-institucional actual todavía impiden su realización satisfactoria.

Entonces, ¿qué nos enseñan las experiencias en regionalismo?

1. Las posibilidades de la formación de una región de integración profunda depende críticamente de la voluntad política de los países miembros de compartir sus derechos de soberanía. Cuando esta voluntad no existe, el enfoque del NR, la integración profunda, está basada en ilusiones, y el fracaso es probable.

2. La cooperación regional sí puede ser exitosa en términos económicos sin que haya ninguna pretensión por una integración política. En el pasado, los procesos de integración (fuera de Europa) que se limitaron a iniciativas para abrir los mercados de bienes, servicios y capitales fueron más exitosos que los conceptos con alta pretensión política.

3. Otro punto crítico del nuevo regionalismo es su impacto sobre el sistema multilateral. En la medida que la extensión de los acuerdos regionales afecte negativamente al sistema multilateral, el peligro de que las relaciones económicas internacionales sufran crece. Analizando la proliferación del regionalismo y del bilateralismo durante los últimos quince años esto parece ser un peligro bastante grande.

BIBLIOGRAFÍA

- AHMAD, J. (2007), «ASEAN + 3», en *Entwicklung und Zusammenarbeit*, 48, Januar, 24-25.
- BALASSA, B., (1977), 'A «Stages» Approach to Comparative Advantage', *World Bank Staff Working Paper 256*, May.
- ETHIER, W. J. (1998), 'The New Regionalism', *The Economic Journal*, 108, July, 1149-1161.
- KREININ, M. E. y M. G. PLUMMER (1994), "Natural Economic Blocks, An Alternative Formulation", en KREININ, M. E. y M. G. PLUMMER (eds.) (2000), *Economic Integration in Asia*, Cheltenham, 133-145.
- LAWRENCE, R. Z. (1996), *Regionalism, Multilateralism and Deeper Integration*, Washington, DC, Institute for International, Economics.
- LEE, H. Y I. PARK (2006), "In Search of Optimised Regional Trade Agreements and Applications to East Asia", in *Pacific Review*, Vol. 11 (4), 547-568.
- PREUSSE, H. G. (1991), *Handelspessimismus – alt und neu*, Tübingen: Mohr.
- PREUSSE, H. G. (2004), *The New American Regionalism*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA, Edward Elgar.

MERCOSUR y UNIÓN EUROPEA

- PREUSSE, H. G. y K. SCHLAGETER (2008), Perspectives of MERCOSUR, *Lateinamerika Analysen*, forthcoming.
- WTO (2007), <http://www.wto.org/>, (OMC).
- YAMAZAWA, I. (1990), *Economic development and international trade: The Japanese model*, Hawaii, East-West Center.

BLANCA

CAPÍTULO III

¿ES LA UNIÓN DE NACIONES SUDAMERICANA UN PROYECTO VIABLE?

***(IS THE SOUTH AMERICAN UNION OF NATIONS A FEASIBLE
PROJECT?)***

Manuel Cienfuegos Mateo

RESUMEN:

Este trabajo analiza el nacimiento de la Unión de Naciones Sudamericana y su evolución política, económica y jurídica para determinar si su implementación es realmente viable.

PALABRAS-CLAVE:

Comunidad Sudamericana de Naciones - Unión de Naciones Sudamericana - MERCOSUR - Comunidad Andina - integración regional - acuerdos de libre comercio.

ABSTRACT:

This paper analyzes the birth of the South American Union of Nations and its political, economical and legal evolution to determine whether its implementation is actually feasible.

KEY WORDS:

South American Community of Nations - South American Union of Nations - MERCOSUR - Andean Community - regional integration - free trade agreements.

SUMARIO: *1. Antecedentes y objetivos. 2. Estructura institucional y ordenamiento jurídico. 3. La creación del UNASUR ¿es un proyec-*

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

to viable? 3.1. Datos macroeconómicos y otros indicadores. 3.2. Principales proyectos en marcha. 3.3.1. Los acuerdos de libre comercio entre los países del MERCOSUR y la CAN, y en particular el ACE 59. 3.3.2. El anillo energético sudamericano. 3.3.3. La Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana. 3.4. Otros proyectos. 3.3. Problemas y beneficios. 4. Reflexiones finales.

1. Antecedentes y objetivos

La idea de la unión de los pueblos sudamericanos es coetánea al pensamiento de la independencia de los países de Sudamérica de sus metrópolis europeas. Basta con recordar, entre los precursores del panamericanismo, a pensadores del siglo XIX como el venezolano Francisco Espejo, el chileno Juan Martínez de Rosas o el argentino Bernardo de Monteagudo, así como indicar que el sueño de los Libertadores era plasmar estas ideas en la realidad¹.

Las propuestas intelectuales cayeron en el olvido y los proyectos de integración económica y política de Sudamérica fracasaron. Sin duda las diferencias y conflictos entre sus países tuvieron mucho que ver. También fue debido en buena medida a que los países sudamericanos orientaron sus economías en dirección extrarregional, como es Europa, quizás a modo de reacción al hecho de que los países de la zona norte de América Latina se dirigieron hacia Estados Unidos. Sólo cuando se produjeron fracturas importantes del comercio mundial, como durante las dos guerras mundiales del pasado siglo XX, afloraron los intentos de incrementar las vinculaciones comerciales dentro de América Latina en general y Sudamérica en particular. Este es, particularmente, el caso de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC, en lo sucesivo). Mas la aguda acentuación del nivel de pobreza y de distribución inequitativa de la renta de la población impidió que prosperase el proyecto, obligando con el tiempo a su reestructuración en la vigente Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI, en lo sucesivo), que tampoco acaba de conseguir sus fines porque, de hecho, no deja de ser un “marco general regional” común a todos los países miembros en cuyo seno los Estados negocian bilateral o multilateralmente para progresar en sus procesos de integración mediante los acuerdos de complementación económica (ACE, en lo sucesivo)².

¹ Véase para mayores detalles sobre el tema, L. HALPERIN DONGHI, *Historia contemporánea de América Latina*, 13ª ed., Madrid: Alianza Editorial, 1998; T.E. SKIDMORE y P.H. SMITH, *Historia contemporánea de América Latina en el siglo XX*, 2ª ed., Barcelona: Crítica, 1999.

² R. GIACALONE, R., “La Comunidad Sudamericana de Naciones: ¿Una alianza entre izquierdas y empresarios?”, *Nueva Sociedad*, núm. 202, 2006, p. 76.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

La enseñanza que se puede extraer de estas experiencias es que la base cultural, histórica e idiomática común no es suficiente para llevar a buen puerto un proceso de integración económica y debe coexistir al menos con otros dos elementos, como son: unas condiciones mínimas de convergencia entre las economías de los países participantes, y una voluntad política clara de impulso del progreso económico en beneficio de sus pueblos³. El actual proceso de integración de Sudamérica, llamado originariamente como Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN, en lo sucesivo) y rebautizado como Unión de Naciones Sudamericana (Unasur, en lo sucesivo) tras la I Cumbre Energética Suramericana celebrada en Isla Margarita (Venezuela) el pasado mes de abril de 2007, parece ser consciente de ello, ya que los gobiernos de los 12 países participantes (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Chile, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela) pretenden conformar una plataforma política común para potenciar su capacidad de negociación externa y lograr condiciones más equitativas en las asimétricas relaciones económicas y políticas internacionales⁴.

Limitaciones de espacio nos impiden examinar los antecedentes de la CSN/Unasur en este trabajo⁵. Basta con decir que en 2004 el gobierno de Luiz Inácio Lula Da Silva asumió el relanzamiento de la integración sudamericana formulada por su predecesor Henrique Cardozo en 2000 con ocasión de la I Reunión de Presidentes de América del Sur, llamadas coloquialmente “Cumbres Sudamericanas”, y consiguió que fuese convocada la III Cumbre de Presidentes en la ciudad peruana de Cuzco el 8 de diciembre de 2004.

³ Por cuestiones de legitimidad democrática sería deseable que hubiese un apoyo de la sociedad civil al proceso, pero la experiencia europea demuestra que la ignorancia, el desapego o la oposición de aquélla en relación con un proceso de integración no impide que este fructifique y funcione razonablemente bien, siempre que no se consulte directamente a la ciudadanía, si no se quiere que suceda como con los referendos sobre el Tratado constitucional de 2005 en Francia y Holanda.

⁴ N. MELLADO, “Desafíos que plantea la Comunidad Sudamericana de Naciones. Entre transformaciones y continuidades”, *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, núm. 14, julio de 2006, p. 72.

⁵ Vid. sobre el tema, H. SANGMEISTER y R. FUENTES, «¿ALCA vs. ALCSA? Perspectivas de la integración latinoamericana», *Desarrollo y cooperación*, 2002-1, pp. 27-29; J.A. SEGRELLES SERRANO, “Los recientes procesos de integración regional de América del Sur: ALCA, ALBA y CSN”, *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, núm. 14, 2006, pp. 107-120.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

A pesar del crispado clima en que se desarrolló la reunión presidencial por notables diferencias entre los países participantes⁶, la III Cumbre de Presidentes proclamó la CSN como comunidad política -que no jurídica- entre los doce países sudamericanos, ya que no existe una nueva Organización internacional que, como tal, sea titular de derechos y obligaciones internacionales ni tenga capacidad para ejercerlos⁷.

En efecto, la Declaración Presidencial de Cuzco de 8 de diciembre de 2004 proclama “*la determinación de desarrollar un espacio sudamericano integrado en lo político, social, económico, ambiental y de infraestructura*, que fortalezca la identidad propia de América del Sur y que contribuya, a partir de una perspectiva subregional y, en articulación con otras experiencias de integración regional, al fortalecimiento de América Latina y el Caribe y le otorgue una mayor gravitación y representación en los foros internacionales”. Para conseguir estos objetivos, en la Declaración se establecen acciones de:

1) *Coordinación política y diplomática de la región*, sobre la base

⁶ Entre otros factores, la crisis en Ecuador que acaba con la destitución del presidente Lucio Gutiérrez, los recelos argentinos y venezolanos ante el liderazgo autoasumido por Brasil al nivel regional y las divergencias en cuanto a la política externa -como las reformas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y la designación del Secretario General de la Organización de Estados Americanos-.

⁷ La Declaración de Cuzco es una declaración política, y la Comunidad por ella creada es un hecho político, por lo que los mecanismos de cooperación y acción previstos en ella tienen únicamente el valor político de reflejar el compromiso y la voluntad de avanzar hacia la integración regional. Pero no establece compromisos jurídicos ni mecanismos de los que pueda resultar la aprobación de decisiones obligatorias por sí mismas para los Estados miembros que componen la CSN o para las Organizaciones subregionales que los agrupan, como el Mercosur y la Comunidad Andina (CAN, en lo sucesivo).

La situación permanece inalterada con las posteriores declaraciones de las Cumbres Presidenciales, que no sólo no han creado un nuevo sujeto internacional sino que ni siquiera han sido capaces de regular la organización y funcionamiento de esta Comunidad política y económica mediante un tratado fundacional.

Ahora bien, existen perspectivas de cambio en un futuro próximo porque en el marco de la I Cumbre Energética Sudamericana de abril de 2007 se decidió encomendar a los Ministros de Relaciones Exteriores la redacción de un proyecto de Acuerdo constitutivo de la Unasur para ser presentado en la III Cumbre de Presidentes de Unasur, que tendrá lugar en Cartagena de Indias (Colombia) a finales de 2007.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

del Mecanismo de Diálogo y Concertación Política.

2) *Convergencia entre el Mercosur, la Comunidad Andina y Chile en una zona de libre comercio*, apoyándose en la Resolución 59 del XIII Consejo de Ministros de la ALADI del 18 de octubre de 2004, y su evolución a fases superiores de la integración económica, social e institucional. Surinam y Guyana se podrán asociar a este proceso sin perjuicio de sus obligaciones con la Comunidad del Caribe bajo el Tratado revisado de Chaguaramas.

3) *Integración física, energética y de comunicaciones en América del Sur*, bajo el impulso de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA, en lo sucesivo).

4) *Armonización de políticas de desarrollo rural y agroalimentario*.

5) *Transferencia de tecnología y cooperación horizontal* en todos los ámbitos de la ciencia, educación y cultura.

6) *Creciente interacción entre las empresas y la sociedad civil* en la dinámica de la integración sudamericana.

Estos objetivos primerizos se han ido ampliando a medida que se han sucedido las reuniones de jefes de Estado de la Unasur. Es ilustrativo hacer hincapié en que la Declaración de Cochabamba⁸, tras la segunda cumbre presidencial en diciembre de 2006, enfatiza que se han colocado “las piedras fundamentales” para avanzar hacia la unión sudamericana con arreglo a un nuevo modelo de integración, tanto por el entramado institucional que establece (objeto de comentario específico ulterior) como por los ámbitos materiales cubiertos, en tanto “busca el desarrollo de un espacio integrado en lo político, social, cultural, económico, financiero, ambiental y en la infraestructura” a través de la consecución de los siguientes 13 “objetivos de alcance regional” (*sic*):

1) *Superación de las asimetrías para una integración equitativa*: desarrollo de mecanismos concretos y efectivos que permitan resolver las grandes desigualdades que existen entre países y regiones de Sudamérica.

2) *Un Nuevo Contrato Social Sudamericano*: promoción de una integración con rostro humano articulada con la agenda productiva, que se exprese en el establecimiento de metas definidas de desarrollo social y en mecanismos sistemáticos de evaluación.

3) *Integración energética para el bienestar de todos*: articulación de las estrategias y políticas nacionales para un aprovechamiento

⁸ Vid. el texto de la Declaración de Cochabamba, “Colocando la Piedra Fundamental para una Unión Sudamericana”, de 9 de diciembre de 2006, en <http://www.comunidadandina.org/Unasur/documentos.htm>

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de los recursos energéticos de la región que sea integral, sostenible, solidario y que reconozca las asimetrías entre los países y regiones.

4) *Infraestructura para la interconexión de nuestros pueblos y la región*: promover la conectividad de la región a partir de la construcción de redes de transporte y telecomunicaciones que interconecten los países, atendiendo criterios de desarrollo social y económicos sustentables para acelerar el proceso de integración, preservando el ambiente y el equilibrio de los ecosistemas.

5) *Cooperación económica y comercial*, para lograr el avance y la consolidación de un proceso de convergencia innovador y dinámico encaminado al establecimiento de un sistema comercial transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo. Será un objetivo fundamental la promoción del crecimiento y desarrollo económico, con la superación de las asimetrías, mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza.

6) *Integración financiera sudamericana*: desarrollo de mecanismos financieros compatibles con las condiciones específicas de políticas económicas y fiscales de nuestros países, que apoyen la implementación de los proyectos de integración sudamericana.

7) *Integración industrial y productiva*: impulsar acciones de desarrollo industrial y de innovación comunes, privilegiando el importante rol que deben desempeñar las pequeñas y medianas empresas, así como otras formas de organización productiva y facilitando la articulación de iniciativas regionales, tanto públicas como privadas aprovechando, entre otros, el potencial de sinergias.

8) *Hacia una ciudadanía sudamericana*: alcanzar progresivamente el reconocimiento de derechos civiles, políticos, laborales y sociales para los nacionales de un Estado miembro en cualquiera de los otros Estados miembros.

9) *Migración*: abordar el tema de la migración con un enfoque integral y comprensivo, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos que conduzca a una cooperación efectiva, particularmente en áreas estratégicas, como la vinculación entre la migración y el desarrollo y la armonización de políticas. En este sentido, destaca la importancia de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias.

10) *Identidad cultural*: promover el reconocimiento, la protección y la valoración de todas las expresiones del patrimonio cultural nacional y común sudamericano, desarrollar proyectos que promuevan el pluriculturalismo y facilitar la circulación de las expresiones

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

culturales representativas de la memoria e identidad de nuestros pueblos.

11) *Cooperación en materia ambiental*: trabajar en la elaboración de propuestas para preservar la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas y mitigar los efectos del cambio climático, asegurando un desarrollo sostenible y asumiendo acciones de prevención contra diferentes clases de catástrofes.

12) *Participación ciudadana*: desarrollar mecanismos de diálogo entre las instituciones de la Comunidad Sudamericana de Naciones y la sociedad civil que le permitan una mayor participación en la formulación de políticas de la integración sudamericana.

13) *Cooperación en materia de defensa*: continuar promoviendo el intercambio de información y de experiencias en materia de doctrinas y formación de personal entre los Ministerios de Defensa de los países miembros”.

Con vistas a implementar estos objetivos estratégicos se utilizará un método basado en la flexibilidad y la gradualidad, de tal suerte que “cada país asuma los compromisos según su realidad. El camino más adecuado es avanzar en políticas públicas comunes respetando los tiempos y la soberanía de cada país”.

Una sistematización de este conjunto de acciones revela que la asociación entre el Mercosur, la CAN, Chile, Guyana y Surinam que entraña la Unasur se apoya en los tres cimientos siguientes: 1) la cooperación política, social y cultural, sobre la base del Mecanismo de Diálogo y Concertación Política, con temas como la democracia, la seguridad regional y la lucha contra las drogas y la corrupción; 2) la integración comercial, económica y financiera, que toma como punto de partida el ACE 59 entre la CAN y el MERCOSUR, así como la experiencia exitosa de la Corporación Andina de Fomento en materia de integración financiera; y, 3) el desarrollo de la infraestructura física, la energía y las comunicaciones a través fundamentalmente de la IIRSA.

Ello supone que no se partirá de la nada, sino de los dos bloques subregionales existentes, que deberán ir armonizando y redimensionando progresivamente su normativa y agendas de futuro mediante el trabajo conjunto de sus órganos. Ahora bien, la CSN/Unasur no pretende ser una mera agenda comercial porque una vez implementada de forma progresiva una zona de libre cambio se persigue evolucionar hacia un modelo superior de integración, de perfiles indeterminados, vistas las acciones a acometer en materia de inversión, cooperación y diálogo político, aprovechando de nuevo al máximo los avances y las fortalezas de la CAN y el Mercosur, y adi-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

cionando otros elementos como la armonización de la normativa existente, la negociación de una nueva normativa común, el redimensionamiento progresivo de algunas de las instituciones actuales y el aprovechamiento de la capacidad técnica e institucional de organismos regionales como la ALADI y el SELA en los que participan los países sudamericanos.

El problema es que hay demasiados objetivos regionales (13) y, a pesar de que éstos son ambiciosos, no queda claro cuál es su jerarquía, esto es, si existen realmente prioridades entre muchos de ellos a la hora de actuar, como tampoco el ritmo para acometerlos ni el alcance de las acciones proyectadas. De hecho, la agenda total va acrecentándose de tal manera que su potencial de crecimiento parece casi ilimitado, y sólo se prevé que en los cuatro primeros objetivos antes enumerados (la superación de las asimetrías para una integración equitativa, el nuevo contrato social sudamericano, la integración energética y la infraestructura para la interconexión de los pueblos y la región) debe hacerse hincapié en la primera etapa. Lo que, por otra parte, significa que la agenda comercial (la convergencia de los países hacia una zona de libre cambio) está siendo relegada a un segundo orden, cuando era objetivo primario en el arranque de la CSN.

2. Estructura institucional y ordenamiento jurídico

Originariamente se planteó que la CSN nacería como una organización internacional dotada como tal de una cierta institucionalidad orgánica. Sin embargo, la comunidad que surgió de la Declaración de Cuzco de 2004 es un organismo mucho más liviano, dotado de un entramado orgánico muy simple que trata de promover la integración “sobre la base de la institucionalidad existente, evitando la duplicación y superposición de esfuerzos y sin que implique nuevos gastos financieros”. La consecuencia fue instaurar “las reuniones de Jefes de Estado como instancia máxima de conducción política y de Cancilleres como ámbito de decisión ejecutiva del proceso. Los Ministros contarán con la cooperación del Presidente del Comité de Representantes Permanentes del Mercosur, del Director de la Secretaría del Mercosur, del Secretario General de la Comunidad Andina, del Secretario General de la ALADI, y de la Secretaría Permanente de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, así como de otros esquemas de cooperación e integración subregional”. Finalmente, se estableció una Secretaría *Pro Tempore*, confiada a Perú hasta la realización de la Primera Reunión de Jefes de Estado de la CSN de Naciones en Brasil en el año 2005.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Las sucesivas reuniones de jefes de Estado han ido completando y fortaleciendo el sistema institucional hasta llegar en la actualidad a un modelo que dista mucho de la sencillez del original, en tanto se compone básicamente de los siguientes órganos:

1) *Reuniones de los Jefes de Estado (Cumbre de la Unasur)*, de carácter anual, es la instancia máxima de conducción política. La I Reunión se efectuó el 29 y 30 de septiembre de 2005 en Brasilia. La II entre el 8 y 9 de diciembre de 2006 en Cochabamba (Bolivia). La III Cumbre se realizará en Cartagena de Indias (Colombia) el 2007.

2) *Reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores*, realizadas semestralmente, formularán propuestas concretas de acción y de decisión ejecutiva.

3) *Reuniones Ministeriales Sectoriales*, convocadas por los Jefes de Estado. Se llevan a cabo dentro de los mecanismos del Mercosur y la CAN. Cuando las reuniones ministeriales afectan a infraestructura se llevan a cabo en el marco de la IIRSA.

4) *La Troika* de la Unasur, conformada por el país sede de la cumbre y los países sedes del año anterior y el año siguiente. Apoya en sus labores a la Secretaría *Pro Tempore*.

5) *La Comisión de Altos Funcionarios*, con la misión fundamental de asegurar la implementación de las decisiones presidenciales y ministeriales y la coordinación de las iniciativas existentes. Cuenta con diversos grupos de trabajo.

6) *La Secretaría Permanente*, con sede en Quito (Ecuador), que sustituye a la Secretaría *Pro Tempore* hasta ahora vigente.

Puede apreciarse a simple vista que este nuevo entramado institucional difícilmente cumplirá las directrices de la Declaración de Cuzco relativas a evitar la superposición y duplicación de esfuerzos o el incurrir en nuevos gastos financieros. Ahora bien, es casi inevitable si la Unasur pretende dotarse de un conjunto eficaz de instituciones y órganos para gestionar sus vastos objetivos⁹. ¿Esta estructura orgánica de la Unasur puede ser eficaz para acometerlos? Mucho nos tememos que no, dada su acusada intergubernamentalidad. Es suficiente con apuntar en este sentido la devaluación de la Comisión de Altos Funcionarios creada en la II reunión de Presidentes de Cochabamba durante las negociaciones que precedieron a

⁹ Es un tópico en procesos de integración económica regional señalar que el establecimiento de un modelo avanzado como es la creación de un mercado común y, por descontado, la unión económica y monetaria, exige inexcusablemente disponer de un buen número de instituciones para gestionar adecuadamente el proceso.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

su nacimiento porque en su origen se trató de establecer una Comisión y después una Comisión de Coordinadores¹⁰. ¿Acaso su naturaleza funcional no refleja la voluntad de guardarse las espaldas (de la soberanía nacional)? No conviene olvidar que la propia Declaración de Cuzco de 2004 declaraba expresamente que las reuniones de Jefes de Estado sustituirían a las Cumbres Sudamericanas como máxima instancia de conducción política del proceso que entonces se iniciaba. Hace falta, pues, una institucionalidad más fuerte, porque los países que lideran de hecho la Unasur, como son Argentina, Brasil y Venezuela, no han dado muestra alguna de que su participación en este nuevo proceso de integración implique renuncia a su soberanía nacional.

Viene a corroborarlo igualmente el mismo hecho de que la cons-

¹⁰ Así, en la propuesta de Evo Morales “Construyamos con nuestros pueblos una verdadera Comunidad Sudamericana de Naciones para vivir bien”, de 2 de octubre de 2006, se abogaba por crear “una Comisión de Convergencia Permanente para elaborar el Tratado de la CSN y garantizar la implementación de los acuerdos”. Compuesta por representantes de los 12 países debería elaborar el proyecto de tratado de la CSN que se presentaría a la III Cumbre Sudamericana, así como coordinar y trabajar conjuntamente con la CAN, el Mercosur, la ALADI y otras iniciativas subregionales para evitar la duplicación de esfuerzos y garantizar la aplicación de los compromisos asumidos.

Sin embargo, el Documento final *Un nuevo modelo de integración de América del Sur. Hacia la Unión Sudamericana de Naciones, de la Comisión Estratégica de Reflexión*, que sirvió de base para la Declaración de Cochabamba de 2006 introduce cambios al contemplar “establecer una Comisión de Coordinación, de la que participen todos los países de la región a través de representantes designados por sus gobiernos, así como los Secretariados del Mercosur, de la CAN y representantes del CARICOM y de ALADI, la cual garantizará la implementación de las decisiones presidenciales y ministeriales y la coordinación de las iniciativas ya existentes. La Comisión de Coordinación deberá contar con una Secretaría Permanente, con estructura reducida, para apoyar las actividades de la Comunidad Sudamericana de Naciones, incluyendo los grupos de trabajo. Los costos de la Secretaría Permanente serán cubiertos por el país sede, que designará su personal técnico y de apoyo, pudiendo la Secretaría incorporar funcionarios designados por los países miembros que, a su propio costo, así lo deseen”.

Cabe esperar ciertos cambios próximamente porque en el marco de la I Cumbre Energética Sudamericana de isla de Margarita de abril de 2007 se decidió encomendar a los Ministros de Relaciones Exteriores la transformación de la Comisión de Altos Funcionarios en Consejo de Delegados o Comisión Política.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

titución de la Unasur se base en *gentlemen's agreements*, esto es, en meras declaraciones políticas y no en tratados internacionales, como fue apuntado anteriormente. Por vía de consecuencia, los órganos que contemplan los textos fundacionales de la Unasur no pueden aprobar decisiones obligatorias por sí mismas para los Estados miembros que componen la Unasur o para las Organizaciones subregionales que los agrupan, como el Mercosur y la CAN, sino tan sólo actos de carácter y efecto políticos para reflejar el compromiso y la voluntad de avanzar hacia la integración sudamericana. Serán luego las organizaciones subregionales (vía resoluciones de sus órganos o acuerdos celebrados por ellos) y los Estados sudamericanos (vía acuerdos entre ellos o actos internos concordantes) quienes implementarán en forma jurídica lo acordado en el marco de la Unasur¹¹. Como quiera que tampoco existe una reglamentación propia de la Unasur para la solución de controversias, cuando surja una diferencia entre sus miembros será preciso resolverla por vías diplomáticas y, en su defecto, habrá que recurrir a los mecanismos jurídicos de solución de controversias previstos en diversos acuerdos internacionales que vinculan a los Estados sudamericanos -y, de modo particular, en los acuerdos de complementación económica celebrados en el marco de la ALADI-. Dado que carece de varios de los elementos fundamentales de una Organización internacional, no puede decirse en modo alguno que la Unasur sea un nuevo sujeto internacional titular de derechos y obligaciones en las relaciones internacionales con capacidad para ejercerlos¹².

Es palmario que este organigrama jurídico-institucional está muy alejado del modelo de la Unión Europea, tanto respecto al número total de instituciones y órganos¹³, como a la composición (sus miem-

¹¹ Puede incitar a confusión que la I Cumbre Energética Sudamericana de isla de Margarita de abril de 2007 adoptase por consenso “decisiones del diálogo político” (*sic*), como son renombrar a la CSN como UNASUR y crear la Secretaría Permanente y adicionalmente encomendase a los ministros de Asuntos Exteriores tomar las medidas precisas para designar la Secretaría Permanente y transformar la Comisión de Altos Funcionarios en Consejo de Delegados o Comisión Política. Ahora bien, pese al nombre, no parece tratarse realmente de decisiones en el sentido jurídico (actos jurídicos vinculantes), y no político, del término.

¹² Véase en esta posición el documento de trabajo Secretaría General de la CAN, *Hacia la Comunidad Sudamericana de Naciones: elementos para un plan de trabajo*, de 9 de marzo de 2005, pp. 14-15, accesible en <http://www.comunidadandina.org/documentos>

¹³ Baste el siguiente dato: son más de 300 los órganos que ayudan a la Comisión Europea a cumplir sus tareas (la comitología) y más de 250

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

bros son siempre representantes de los Estados sudamericanos), su sistema de votación (la regla es la unanimidad), los actos jurídicos que se adoptan (no son vinculantes y, por vía de consecuencia, carecen de aplicabilidad directa y primacía sobre las normas nacionales) y, finalmente, el sistema de solución de controversias (más próximo al arreglo diplomático directo que a los mecanismos jurisdiccionales que imperan en la Unión Europea)¹⁴.

No hace falta ir tan lejos en la comparación. Los países mercosureños y andinos son conscientes de que el funcionamiento adecuado de un proceso de integración requiere la instauración de un sistema institucional flexible en su funcionamiento y con capacidad de aprobar normas comunes obligatorias, que sean aplicables directamente a sus países miembros y sus ciudadanos y disfruten de primacía sobre las normas nacionales que las contradigan y, por ello, han llevado a cabo un reajuste institucional en la CAN y, en menor medida, en el Mercosur¹⁵. En la Unasur todavía no se dan estas premisas imprescindibles¹⁶.

los que auxilian al Consejo de la Unión Europea (las instancias preparatorias de las reuniones del Consejo).

¹⁴ En relación con estas características de la integración de la Unión Europea véanse, por todos, V. ABELLÁN HONRUBIA y B. VILÁ COSTA (Dirs.) y A. OLESTI RAYO (Coord.), *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 2005. A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2006.

¹⁵ Véase, por todos, respecto a la CAN J.M. SOBRINO HEREDIA, V. RICO y A. PEROTTI, *Integración y supranacionalidad. Soberanía y Derecho comunitario en los países andinos*, Lima: Secretaría General de la CAN, 2001. Y en relación con el Mercosur, A. MARTÍNEZ PUÑAL, *El sistema institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones, 2005.

¹⁶ Así lo pone de relieve el informe de las Secretarías Generales de la Comunidad Andina, Mercosur y ALADI, *Cuestiones Jurídico - Institucionales de la Comunidad Sudamericana de Naciones*, de 13 de julio de 2006, accesible en <http://www.comunidadandina.org/csn/estudios.htm>. En este informe se examinan y se hacen sugerencias sobre las tres cuestiones siguientes: a) los aspectos normativos e institucionales en las áreas prioritarias de la CSN (diálogo político, integración física, medio ambiente, integración energética, mecanismos financieros sudamericanos, promoción de la cohesión social, de la inclusión social y de la justicia social, telecomunicaciones y educación), con un relevamiento de todas las normas e instituciones de la ALADI, la CAN y el Mercosur; b) el contenido de la asociación recíproca (con una breve descripción de los

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Visto lo anterior se comprende por qué el Documento final *Un nuevo modelo de integración de América del Sur. Hacia la Unión Sudamericana de Naciones*, presentado por la Comisión Estratégica de Reflexión en la II reunión de Presidentes celebrada en Cochabamba en diciembre de 2006, apostaba por “considerar la necesidad de negociación de un Tratado Fundacional y constitutivo de la Comunidad Sudamericana de Naciones, que dé nueva densidad jurídica a la iniciativa y que apunte a la creación de una Unión de Naciones Sudamericanas (Unasur)”. A pesar de que la Comisión Estratégica estaba compuesta por representantes personales de los presidentes, en la Declaración de Cochabamba de 2006 se omite intencionadamente toda referencia a esta cuestión.

3. La Creación de la Unasur ¿Es un proyecto viable?

La Unasur no pretende ser una mera agenda comercial habida cuenta que incluye también cuestiones relativas a inversión, cooperación y diálogo político. Aunque para lograr estos fines no tiene por qué faltarle empuje económico si se tienen en cuenta los indicadores macroeconómicos y de otra naturaleza que caracterizan a la región sudamericana, habrá que tener presente igualmente otros factores por tratarse de un proyecto ambicioso cuyo futuro no está exento de dificultades y de tareas monumentales.

Ha transcurrido poco tiempo desde su creación, escasos tres años, pero los proyectos que ya están en marcha ponen de relieve una cierta voluntad política y empresarial de mantener con vida la idea de la integración sudamericana, a la vez que ilustran bien acerca de las dificultades que su realización está entrañando para sus países. A pesar de que, ciertamente, la consecuencia es que la iniciativa puede estar perdiendo fuelle. Las tres cuestiones se analizan a renglón seguido.

3.1. Datos macroeconómicos y otros indicadores de Sudamérica

Es oportuno aportar ahora algunos indicadores relevantes sobre los países que están inmersos en el proyecto de constitución de la Unasur para comprender mejor el alcance de la integración que pretenden y las posibilidades reales de llevarlo a cabo.

requisitos y alcances establecidos en cada proceso de integración en temas como la asociación de terceros Estados y c) un análisis comparativo jurídico-institucional de los acuerdos de complementación económica entre los países de América del Sur.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Con datos de la Comunidad Andina correspondientes a 2005¹⁷, la población de la CSN superó los 377 millones de habitantes (la cuarta a nivel mundial, con aproximadamente 80 millones de habitantes más que Estados Unidos y unos 105 millones menos que la Unión Europea), y una superficie que ronda los 17,7 millones de kilómetros cuadrados (muy por encima de Estados Unidos si no se tiene en cuenta a Alaska, y de la Unión Europea).

El PIB conjunto está alrededor de 1,5 billones de dólares, por debajo sólo de NAFTA y la Unión Europea (representando alrededor del 12% del PIB de ambos bloques comerciales) y por encima de la ASEAN y de alguno de los miembros del G-10 (como Canadá).

En términos de producto interior bruto (PIB, en lo sucesivo) *per cápita*, los cuatro países que tienen mayor producto por habitante son: Chile (7.005 dólares), Venezuela (4.999 dólares), Argentina (4.706 dólares) y Uruguay (4.609 dólares). Están lejos de la media de Estados Unidos y la Unión Europea pues -con referencia también 2005- en Estados Unidos era de unos 44.850 dólares y en la Unión Europea llegaba a unos 29.500 dólares.

Además las exportaciones al mundo se sitúan sobre los 305.000 millones de dólares (que supone en torno al 8% de las exportaciones de la Unión Europea y el 34% de las exportaciones de Estados Unidos), con un gran potencial de crecimiento del intercambio de materias primas y manufacturas. De hecho, durante el periodo 1994-2005 la tasa acumulada anual de crecimiento ha sido del 9,8%. A su vez, las importaciones han experimentado una tasa acumulada promedio anual de 7,1% en el mismo periodo, llegando a 212.000 millones de dólares en 2005. En conjunto el saldo de la balanza comercial es positivo: 93.000 millones de dólares en 2005, reflejando una tendencia positiva de aumento desde 1999.

La inflación en Sudamérica en 2005 se situó en una tasa promedio del 6,5% y las reservas internacionales alcanzaron los 161.000 millones de dólares.

¹⁷ Véase Secretaría General de la CAN, "Principales indicadores de la Comunidad Sudamericana de Naciones 1994-2005", SG/de 150, de 12 de junio de 2006, accesible en <http://www.comunidadandina.org/estadisticas/SGde150.pdf>. Para cotejar los datos de la Unasur expuestos con los de la Unión Europea y Estados Unidos hemos consultado las bases de datos de la Unión Europea (básicamente Eurostat), la Oficina de Estadística de Estados Unidos, la ALADI, el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, la Organización Mundial del Comercio y el Fondo Monetario Internacional.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

La Unasur cuenta, pues, con unos indicadores estimables a su favor para materializarse, por más que no sean comparables con los de las Comunidades Europeas de la época de su creación en la década de los cincuenta del siglo XX, y que no deban serlo, a pesar de la afición a ello de determinados medios -académicos, políticos y de la información-. Y es que su contexto era muy distinto al de Sudamérica: tanto en lo económico, ya que todos los países originarios formaban parte de lo que hoy se llaman países desarrollados, por lo que la liberalización tan profunda que se ha llevado a cabo ha podido ser compensada con políticas regionales y sociales de apoyo muy diversas, la llamada cohesión económica y social; como en lo político, pues los países fundadores eran democracias, y en lo histórico, dado que la devastación europea durante la II Guerra Mundial hizo posible renunciarse a parcelas de soberanía casi impensables en otro contexto. Evidentemente, Sudamérica puede bucear en el modelo europeo para determinar lo que más le conviene a su realidad propia -sin caer, por tanto, en el mimetismo- para superar el agotamiento del modelo tradicional de integración latinoamericano, basado sólo en el libre comercio, abarcando otros aspectos como la cohesión social, la energía, el medioambiente, etcétera.

Además, otras potencialidades de las que goza Sudamérica y que no tenía Europa pueden favorecer la creación del espacio integrado. Así, posee el 27% del agua dulce del mundo; dispone de ocho millones de kilómetros cuadrados de bosques y dos océanos bañan sus costas; tiene reservas de hidrocarburos para 100 años; es la región que más alimentos produce y exporta en el mundo; sólo se hablan dos lenguas (castellano y portugués, inteligibles entre ellas) y la mayoría (95%) de sus habitantes tiene una sola religión.

3.2. Principales proyectos en marcha

En la todavía breve vida de la Unasur se han puesto ya en marcha varios proyectos relevantes que demuestran que el proceso está vivo. Conviene reseñar igualmente algunos proyectos anteriores a su creación, así como otros que no afectan a todos los países de la Unasur, pero que les acabarán beneficiando, lo que, a la postre, redundará en provecho del conjunto sudamericano¹⁸.

¹⁸En el sitio de Internet de la ALADI (<http://www.aladi.org>), dentro de las pestañas “integración física y distribución” y “publicaciones”, se puede encontrar información general sobre diversos proyectos de cooperación entre los países sudamericanos, en particular los andinos y los mercosureños. Ahora sólo mencionaremos algunos significativos.

3.2.1. Los acuerdos de libre comercio entre los países del Mercosur y la CAN, y en particular el ACE 59

La convergencia gradual entre el Mercosur, la CAN y Chile en una zona de libre cambio, a la que sumarían después Guyana y Surinam, constituye una de las premisas en las que se sustenta la instauración de la Unasur, como enfatiza *-inter alia-* la Declaración de Cuzco de 2004¹⁹.

En estos momentos, existen varios acuerdos constitutivos de zonas de libre comercio entre el Mercosur, la CAN y Chile. Así, entre Mercosur y Chile (ACE 35, suscrito el 25 de junio de 1996 y con vigencia desde el 1 de febrero de 1996); Mercosur y Bolivia (ACE 36, firmado el 17 de diciembre de 1996 y en vigor desde el 28 de febrero de 1997); Mercosur y Perú (ACE 58, suscrito el 30 de noviembre de 2005 y vigente desde el 6 de febrero de 2006); finalmente, Mercosur y Colombia, Ecuador y Venezuela (ACE 59, de 18 de octubre de 2004, en vigor desde el 19 de abril de 2005). Centraremos ahora la atención en el ACE 59 porque es el de mayor trascendencia para la integración sudamericana, siquiera porque afecta simultáneamente a las relaciones de 7 países de la región. Lo que se dirá ahora es aplicable *mutatis mutandis* a los otros acuerdos de complementación económica citados.

El ACE 59 es básicamente un acuerdo de liberalización del comercio de mercancías que persigue formar un área de libre comercio mediante la eliminación de prácticamente todas las restricciones arancelarias y no arancelarias a los intercambios de productos originarios de los países sudamericanos signatarios²⁰. Pertenece, por lo tanto, a la categoría de los acuerdos de primera generación, centrados en los bienes. Ahora bien, este objetivo básico se ve complementado con otros que tienen una dimensión específica que excede

¹⁹ Como recuerda oportunamente R.M. GAJATE (“Convergencia CAN-Mercosur. Clave para el futuro de la Comunidad Sudamericana de Naciones”, *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe* (CRIES), núm. 6, 2007, pp. 47-62) mencionando diversos textos fundacionales de la Unasur.

²⁰ Vid. para mayores detalles del ACE 59 véase M. CIENFUEGOS MATEO, “Las relaciones entre la Comunidad Andina y el Mercosur: ¿una asociación (in)viabile?”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2005*, Vitoria: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2006, pp. 113-133). Véase igualmente los documentos de la ALADI, “Análisis descriptivo del Acuerdo de Complementación Económica n° 59 suscrito entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, Estados partes del Mercosur, y Colombia, Ecuador y Venezuela, países miembros de la Comunidad

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

la temática comercial tradicional, como la ampliación del comercio a los servicios y determinados elementos de integración física y de infraestructura, en tanto que medios para promover y consolidar la integración de los mercados andinos y mercosureños, así como la cooperación científica y tecnológica para propiciar un mayor grado de complementación de los sectores productivos y la expansión y la diversificación de los intercambios comerciales. Finalmente, este instrumento convencional debería coadyuvar al desarrollo económico armonioso en Sudamérica, impulsar las inversiones recíprocas y promover las consultas y la coordinación entre los países andinos y mercosureños en las negociaciones comerciales que se realicen con terceros países o con bloques de otras regiones.

Para alcanzar los anteriores objetivos el ACE 59 contiene un programa de liberalización comercial (artículos 3 a 9), que parte del nivel de liberalización entre los países andinos y mercosureños en razón de las preferencias fijadas en acuerdos internacionales, en particular en el seno de la ALADI. Y para la eliminación de los aranceles vigentes se establecen cronogramas de desgravación automática y gradual, en un plazo máximo de 15 años como regla.

¿Cuál es el estado de implementación del ACE 59 en la actualidad? Ciertamente ha transcurrido poco tiempo (poco más de tres años) desde su entrada en vigor, por lo que resulta prematuro llegar a conclusiones definitivas. Sin perjuicio de ello, bien puede decirse que antes de la entrada en vigor del ACE 59 el 80% del comercio entre la CAN y el Mercosur estaba libre de aranceles, en gran medida debido a los acuerdos celebrados en el seno de la ALADI. Es sobre el 20% restante de los intercambios donde se aplican las concesiones arancelarias de acuerdo con los cronogramas establecidos. Se establecieron 89 listas de desgravación hasta el 2018, con diferentes ritmos. Tras la entrada en vigor del ACE 59 se liberalizaron de inmediato algo más del 15% de las subpartidas arancelarias pactadas (24.044 ítems de los 156.576 totales acordados por y entre los siete países, esto es, 21 listas de desgravación). Otro 15% se desgravará progresivamente en un periodo máximo de seis años (hasta 2011). Los ítems donde se clasifican los productos sensibles (en torno al 38% del total de las concesiones otorgadas) se liberalizarán en un periodo máximo entre 12 y 15 años, por lo que en 2018 el universo

Andina”, ALADI/SEC/di 1891, de 3 de febrero de 2005 (accesible en publicaciones / documentos informativos dentro de <http://www.aladi.org>) y de la CAN, “Acuerdo de Libre Comercio Colombia, Ecuador, Venezuela – Mercosur (ACE-59)”, accesible en http://www.comunidadandina.org/exterior/can_mercosurACE59.htm.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

arancelario llegará al 100% de margen de preferencia, salvo excepción.

Ahora bien, el camino para culminar esta desgravación no será sencillo vistos los numerosos y significativos problemas que está suscitando la implementación del ACE 59. Así se ha puesto de manifiesto en las reuniones de su Comisión Administradora de 28 al 30 de junio de 2005 y 17 y 18 de octubre de 2006 y, sobre todo, en un detallado informe de la ALADI de septiembre de 2005 en relación con las cuestiones y las dificultades que el ACE 59 suscita para los productos originarios de Bolivia, que no lo ha suscrito, en razón de su peculiar estatuto de miembro de pleno derecho de la CAN y simultáneamente país asociado al Mercosur. El estudio analizó el comercio exterior de Bolivia con los países del Mercosur y la CAN y describió el trato que actualmente otorgan los países del ACE 59 a los principales productos importados desde Bolivia y terceros Estados y el que darán a esos mismos productos con la entrada en vigor del ACE 59, así como la capacidad de los proveedores de las partes de desplazar a los exportadores bolivianos. La conclusión es que el ACE 59 establece un nuevo escenario para los intereses bolivianos caracterizado por la erosión progresiva de la protección implícita que hasta ahora recibía este país en los mercados andino y mercosureño, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida y su situación de país de menor desarrollo económico, y ello engendra serios riesgos de que a corto, medio y largo plazo sea imposible preservar la exportación de determinados productos bolivianos en los países mercosureños y andinos en los términos actuales²¹.

3.2.2. La Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana

La IIRSA fue fruto del Plan de Acción para la Integración Física adoptado como anexo del comunicado final de la Cumbre de Brasilia de 2000, conocida entonces como Plan o Proyecto IIRSA. Del proyecto IIRSA forman parte todos los Estados sudamericanos. Su finalidad es promover la integración física de los mercados regionales de transportes, energía y comunicaciones y la inserción económica

²¹ SECRETARÍA GENERAL DE LA ALADI, *Impacto del Acuerdo de Complementación Económica n° 59 (ACE 59) en las exportaciones bolivianas*, Montevideo: Departamento de Apoyo a los PMDER, septiembre de 2005 (accesible dentro de publicaciones / documentos informativos en <http://www.aladi.org>).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

internacional mediante la interconexión bioceánica. Y puede contemplar, adicionalmente, la imbricación de estos sectores con la infraestructura social, la ambiental y otros tipos, todo ello con vistas a aprovechar mejor las sinergias de los países sudamericanos. Por lo que, en definitiva, la IIRSA está llamado a cumplir funciones de plan integral de desarrollo de la infraestructura en Sudamérica²². Así lo pone de relieve el programa de acción aprobado por la Primera Reunión de Jefes de Estado de la CSN, celebrada en Brasilia el 30 de septiembre de 2005, cuando enfatiza que la IIRSA es el marco de trabajo para todos los países de América del Sur en materia de integración de infraestructuras.

Teniendo en cuenta lo anterior, en una reunión de cancilleres de 21 de octubre de 2005 fue aprobado un programa global para afrontar las asimetrías del bloque sudamericano, identificando diez grandes Ejes de integración y desarrollo sudamericano, así como 350 proyectos para los próximos 30 años, agrupados en 40 grupos, por un montante estimado de 37.000 millones de dólares. 31 proyectos troncales serán ejecutados en el quinquenio 2005-2010, por un monto de 4.200 millones de dólares, en el marco de la llamada “Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010”, también conocida como la “Cartera de Proyectos IIRSA”²³.

Los Ejes de integración física en la región sudamericana son espacios de referencia emergentes o consolidados para el comercio y el desarrollo de la zona. Los Ejes son las grandes regiones de América del Sur y están concebidos como franjas multinacionales que concentran flujos de comercio actuales (ejes consolidados) o bien como espacios de interrelación cuyo potencial de desarrollo se espera liberar gracias a la construcción de la infraestructura de conexión (ejes emergentes). En la IIRSA se han identificado los dos Ejes consolidados actualmente existentes en Sudamérica que son la base de mercados subregionales en el marco de esquemas de integración: el Eje Andino (entre los países de la Comunidad Andina-CAN) y el Eje

²² En general, sobre los antecedentes y los objetivos de la IIRSA, véase M.L. LANFRANCO VÁZQUEZ, “La infraestructura para el transporte en la integración regional. La creación de la Iniciativa para la Integración de la infraestructura regional suramericana”, *Anuario de la Universidad de La Plata* (Argentina), 2007, pp. 623-629.

²³ Vid. sobre el tema la página web de la IIRSA (<http://www.iirsa.org>) y adicionalmente los Informes de seguimiento de ALADI sobre las actividades sobre la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), en <http://www.aladi.org/NSFALADI/ESTUDIOS.NSF/VESTUDIOSYDOCUMENTOSWEB>.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Mercosur-Chile. Junto a los Ejes consolidados están los Ejes transversales emergentes por construir: al norte, el Eje Escudo Guyanés (Venezuela, Brasil, Guyana y Surinam); en el centro, el Eje del Amazonas (Colombia, Ecuador, Perú, Brasil), el Eje Perú-Brasil-Bolivia; en el centro-sur, el Eje Interoceánico Central (Perú, Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil), el Eje Capricornio (Bolivia, Argentina, Paraguay, Brasil), el Eje Hidrovía Paraguay-Paraná (Bolivia, Paraguay, Argentina, Brasil); al sur, el Eje del Sur (Argentina-Brasil). Además, se ha definido un Eje Andino del Sur entre Argentina y Chile.

Entre los 31 proyectos troncales en ejecución cabe mencionar los dos siguientes: 1) el Corredor Vial Interoceánico Perú - Brasil (IIRSA Sur), red vial con una extensión de 2.603 km. (de los cuales 1.071 km corresponden a vías por asfaltar) que uniría los puertos en el Océano Pacífico de San Juan de Marcona, Matarani e Ilo (al sur del Perú) con los Estados de Acre y Rondonia en Brasil, por valor de 892 millones de dólares. Una vez concluidas las obras Bolivia tendrá una salida al mar, Brasil al océano Pacífico y Perú al océano Atlántico; 2) el Eje de Amazonas de IIRSA (Ramal Norte por el Perú), que corresponde a una extensión de 960 Km. (de los cuales 114 Km. corresponden a vías por asfaltar) entre el puerto marítimo de Paita, al norte del Perú y el puerto fluvial de Yurimaguas, en la Amazonia peruana, representando una inversión referencial de 158 millones de dólares²⁴.

3.2.3. El anillo energético sudamericano

Su origen se encuentra en la Declaración presidencial sobre el Gasoducto Sudamericano, adoptada por los presidentes de los Estados partes del Mercosur y de los Estados asociados con ocasión de la XXVIII reunión del Consejo del Mercado Común, celebrada en Asunción el 20 de junio de 2005. Su objetivo es crear un gasoducto sudamericano para abastecer de gas natural peruano -extraído del yacimiento de Cuenca de Camisea, el mayor hallazgo gasífero del país- a los mercados de Chile, Argentina, Uruguay y Paraguay, y más adelante Venezuela y Bolivia podrían agregarse como proveedores.

El Banco Interamericano de Desarrollo respalda este proyecto, ya que promete satisfacer una demanda energética en aumento constante, asegurando una provisión de gas a muy largo plazo. Además de la seguridad energética se calcula entre 4.000 y 5.000 millones

²⁴ Véase al respecto R. SANTA GADEA, "La iniciativa IIRSA: el reto de integrar el espacio físico de América del Sur", abril de 2005, en <http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/santagadea.htm>.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de dólares anuales el ahorro que produciría la integración energética. Implica, por último, una inversión cercana a 12.500 millones de dólares que, al ser compartida por varias empresas de varias nacionalidades, incentivaría la cooperación²⁵.

A pesar de que se han iniciado las obras para su construcción en algunos países implicados durante 2006, el futuro del anillo energético sudamericano se presenta empañado por un conflicto de delimitación marítima entre Perú y Chile que viene de lejos y estalló virulentamente en 2005²⁶, y cuyo corolario fue la suspensión de la firma del acuerdo del anillo energético, prevista para el 8 de diciembre del 2005 en Montevideo. A ello se suma que Bolivia apoya a Perú debido al rechazo de Chile a que Bolivia tenga una salida al mar y Venezuela tampoco se muestra muy proclive a participar como proveedor²⁷. En estos momentos no hay fecha señalada para la signatura formal del acuerdo. Y las perspectivas no son halagüeñas tras la

²⁵ Véase sobre el tema R. KOZULJ, “La integración gasífera latinoamericana: una prospectiva cargada de incertidumbres”, *Nueva Sociedad*, núm. 204, 2006, pp. 104-118; R. SENNES y P. PEDROTTI, “Integración energética regional: viabilidad económica y desafíos políticos”, *Foreign Affairs en Español*, julio-septiembre de 2007, accesible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.

²⁶ El conflicto de delimitación marítima es una controversia diplomática entre la República del Perú y la República de Chile sobre la soberanía de una zona marítima de aproximadamente 37.900 Km² en el Océano Pacífico. Esta diferencia se inició algunos años atrás cuando Perú, comenzó a reclamar el espacio marítimo comprendido entre el paralelo que cruza el Hito N° 1, denominado «Orilla del Mar» y la línea bisectriz a las perpendiculares a las costas chilenas y peruanas, que parte del lugar considerado por Perú como la ubicación del «punto Concordia» en la línea de baja mar. El conflicto explotó cuando el Congreso del Perú aprobó el 3 de noviembre de 2005 la Ley 28.621, de Líneas de Base del Dominio Marítimo. Estas líneas de base establecen la anchura de la zona económica exclusiva del Perú hasta la distancia de 200 millas marinas, abarcando los 37.900 Km². considerados como soberanos por Chile.

²⁷ De hecho, Venezuela ha propuesto varios proyectos alternativos, incluido uno para la construcción de un megaducto para enviar gas natural a Argentina vía Brasil con inversiones cercanas a los 25.000 millones de dólares, que hoy en día parece enterrado tras la negativa de Petrobrás a formar parte del mismo. Asimismo, Venezuela se muestra más favorable a la creación de Petroamérica, una especie de compañía energética multinacional al nivel sudamericano, compuesta por las empresas estatales energéticas de la región, destinada a promover proyectos de inversión que promuevan la integración energética regional y garantizar el control del incremento de la producción. Pero su viabilidad es contro-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

firma -en agosto de 2007- del acuerdo entre Argentina, Bolivia y Venezuela para crear la Organización de Países Productores y Exportadores de Gas de Sudamérica (OPPEGASUR), en la medida en que dos países exportadores (Bolivia y Venezuela) y uno productor (Argentina) han decidido utilizar este recurso natural como instrumento de lucha trilateral contra Estados Unidos.

3.2.4. Otros ejemplos de cooperación ya en marcha en el espacio sudamericano que merece la pena mencionar son los siguientes:

En primer lugar, el convenio entre el MERCOSUR y la Corporación Andina de Fomento de la CAN, firmado en Montevideo el 19 de octubre de 2005, para la administración del fondo para el sector educativo del MERCOSUR, en virtud del cual la Corporación Andina de Fomento gestionará los recursos del Fondo de Financiamiento del Sector Educativo del MERCOSUR, destinados a financiar programas y proyectos educativos en los Estados mercosureños y los Estados asociados adheridos a este fondo.

En segundo lugar, el acuerdo entre los Estados miembros de la Unasur para la exención del visado de turista y la habilitación del documento de identidad para el ingreso y el tránsito en sus respectivos territorios, de 24 de noviembre de 2006. Cuando entre en vigor supondrá un avance para la libre circulación de personas dentro de la región sudamericana, en la medida en que la presentación del documento nacional de identificación vigente será suficiente para ingresar, transitar y salir del territorio de las demás partes en condición de turistas por un periodo de hasta 90 días.

Finalmente, el Banco del Sur. Se trata de un proyecto venezolano, debatido en la I Cumbre Energética Sudamericana de abril de 2007 sobre la base de un informe de un grupo de trabajo sobre integración energética de 2006²⁸, cuyo objetivo es crear la banca de

vertida debido a su vinculación con la Alternativa Bolivariana para las Américas para contrarrestar las iniciativas de integración regional de la energía motorizadas por Estados Unidos, por lo que pone a sus posibles participantes ante la disyuntiva de asociarse con Washington o con Caracas, y su orientación económica (control por las empresas estatales de las inversiones y del incremento de la producción). Véase al respecto E. MAYOBRE, "El sueño de una compañía energética sudamericana: antecedentes y perspectivas políticas de Petroamérica", *Nueva Sociedad*, núm. 204, 2006, pp. 159-175.

²⁸ Véase el anexo del documento final *Un nuevo modelo de integración de América del Sur. Hacia la Unión Sudamericana de Naciones*, presentado

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

América Latina para oponerse al poder financiero de Washington (FMI y BM) y desentenderse del aval de los países desarrollados para financiar proyectos en la región sudamericana. Con un capital de unos 5.000 millones de euros, se inauguró oficialmente en Caracas el 3 de noviembre de 2007, con la participación de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

3.3. Problemas y beneficios

La implementación de la Unasur se encuentra en una encrucijada. En buena medida debido a que son de compleja solución los diversos problemas internos y en parte por factores externos al propio proceso de integración sudamericana. No obstante, los beneficios que debería producir compensarían los esfuerzos requeridos²⁹.

3.3.1. Condicionantes para la creación de la Unasur

Resulta obligado comenzar mencionando la economía porque es, en gran medida, el talón de Aquiles de la integración sudamericana. A diferencia de Europa en sus comienzos, muchos países sudamericanos son pobres (en torno al 40% de la población argentina y brasileña se sitúa en el umbral de la pobreza, a pesar de la fertilidad de la pampa argentina y la diversidad de los recursos brasileños) y poco estables (como evidencian las cíclicas crisis económicas), de tal suerte que es imprescindible que, a medio plazo, su tasa de crecimiento económico siga sostenida en el alto nivel de los últimos años para poder llevar a cabo las reformas estructurales -puertos, aduanas, empleo, fiscalidad interna, servicios, etcétera- que reclaman las fuertes asimetrías de las economías sudamericanas para su mejor complementación.

Informes recientes del CEPAL y de las secretarías de la ALADI, la CAN y el MERCOSUR contienen un análisis actualizado de las

por la Comisión Estratégica de Reflexión en la II reunión de Presidentes celebrada en Cochabamba en diciembre de 2006.

²⁹ Véase un desarrollo más extenso de estas cuestiones en M. CIENFUEGOS MATEO, *La asociación estratégica entre la Unión Europea y el Mercosur, en la encrucijada*, Barcelona: CIDOB, 2006, pp. 81-99 y 143-154 (accesible en http://www.cidob.org/publicaciones/documentos_cidob/america_latina/la_asociacion_estrategica_entre_la_union_europea_y_el_mercosur_en_la_encrucijada). Véase igualmente una descripción de los grandes retos de la integración sudamericana en D. CARDONA, “¿Tiene futuro la Comunidad Sudamericana de Naciones?”, *Foreign Affairs en Español*, vol. 5, 2005-2, accesible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

profundas asimetrías estructurales y de políticas públicas que separan a los países sudamericanos, y destacan que su progresiva eliminación implica un desafío de primer orden que hay que afrontar si se pretende realmente avanzar hacia la integración regional. Porque, como se pone de relieve en estos documentos, es preciso un nuevo tratamiento de las asimetrías regionales a la vista de que los procesos de integración en marcha no han conseguido realmente acelerar el crecimiento económico de los países de menor desarrollo relativo. Con este fin se propone un nuevo enfoque basado en un programa de convergencia gradual hacia el desarrollo sostenible y sustentable de los países miembros de la Unasur basado en tres pilares: el acceso a mercados, las políticas de tratamiento de asimetrías estructurales y las políticas de tratamiento de asimetrías derivadas de políticas públicas³⁰. Lógicamente, para financiar estas acciones será necesario también atraer inversiones extranjeras cuantiosas, lo que a su vez requerirá la adopción de estrategias comunes que inspiren confianza a los mercados internacionales³¹.

Desde el punto de vista comercial, se aprecia la imperiosa necesidad de agregar valor añadido a las exportaciones de Sudamérica y diversificarlas con el fin de atenuar la dependencia de los productos agrícolas básicos. Sólo así podrán comerciar mejor al nivel mundial. Hay que mejorar asimismo la *ratio* de comercio intrazonal sudamericana, demasiado reducida.

A falta de datos comparativos fiables de los flujos comerciales totales entre los 12 países sudamericanos podemos poner al

³⁰ Véase CEPAL, Diagnóstico de las asimetrías en los procesos de integración de América del Sur, Santiago de Chile: CEPAL, 2006, accesible en <http://www.cepal.org>; Secretarías Generales de la Comunidad Andina, MERCOSUR y ALADI, Un nuevo tratamiento de las asimetrías en la integración sudamericana, de 13 de julio de 2006, accesible en <http://www.comunidadandina.org/csn/estudios.htm>. Véase también sobre estas cuestiones el número monográfico coordinado por Ugo PIPITONE y José Antonio SANAHUJA, “La nueva agenda de desarrollo de América Latina” de la revista *Pensamiento Iberoamericano*, núm. 0, 2007-1, 307 páginas, y en particular el estudio de Ana Ayuso Pozo, “Pobreza, desigualdad y cohesión social: más allá de los objetivos del Milenio” (pp. 105-129).

³¹ En general, para un buen examen de factores de empuje (*push*) y de atracción (*pull*) de capitales a la región sudamericana, y sus riesgos, véase A. VANOLI, “Subdesarrollo y crisis en América Latina: impacto de la brecha externa y recomendaciones para una adecuada inserción internacional”, *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, núm. 14, julio de 2006, pp. 152-179.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

MERCOSUR como ejemplo de este limitado comercio intrazonal³². Según datos de ALADI correspondientes a 2005, el comercio intramer-cosureño llegó a 42.350 millones de dólares de un total de 273.151 millones de dólares, por lo que la tasa de participación del comercio intrazonal con respecto al mundo se sitúa en torno al 16%³³. Sorprendentemente, en este año 2005, el MERCOSUR comerció (im-portaciones y exportaciones de los 4 países miembros) con la Unión Europea (15) por valor de 56.011 millones de dólares (20,5%), Estados Unidos por valor de 45.453 millones de dólares (16,6%) y China por valor de 18.709 millones de dólares (6,8%). Ello supone que dentro del espacio mercosureño Brasil sólo es el cuarto socio comercial (con 19.150 millones de dólares en importaciones y exportaciones, que representan el 7%) y Argentina el quinto socio comercial (con 14.919 millones de dólares de comercio total, que suponen el 5,4%). Paraguay y Uruguay ocupan posiciones muy alejadas de los puestos de cabeza, ya que Paraguay sólo representa el 0,9%, con 2.488 millones de dólares, y Uruguay viene después, con el 0.87%, que equi-vale a 2.382 millones de dólares.

Nuevamente tomando datos de la ALADI, nos encontramos con que en 2005 el comercio entre Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Co-lombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela llegó a

³² Hemos elegido el MERCOSUR por su protagonismo indiscutible dentro de Sudamérica. Con datos de 2005, supone el 52% del total de flujos comerciales de Sudamérica (272.762 millones de dólares de un total de 517.043 millones de dólares), mientras que la CAN llegaba al 33% (con 171.388 millones de dólares), Chile al 13,5% (con 69.930 millones de dólares) y la suma de Guyana y Surinam al 0,57% (2.971 millones de dólares). Dentro de la Unasur, Brasil es el líder indiscutible, con el 37.1% del comercio total (191.833 millones de dólares). Venezuela representa el 14.2% (con 73.843 millones de dólares). Además, Mercosur representa el 67% del PIB de Sudamérica (1.001.076 millones de dólares de un total de 1.493.521 millones de dólares). Elaboración propia con datos de la Secretaría General de la CAN, "Principales indicadores de la Comunidad Sudamericana de Naciones 1994-2005", SG/de 150, de 12 de junio de 2006, accesible en <http://www.comunidadandina.org/estadísticas/SGde150.pdf>.

³³ Elaboración propia con datos tomados de informes de comercio exterior de la Secretaría General de la ALADI disponibles en <http://www.aladi.org/nsfaladi/estudios.nsf/inicio2004>, y en particular el informe "Comercio exterior global de cada país miembro de la ALADI: enero-diciembre 2004-2005".

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

130.542 millones de dólares de un total de 512.224 millones de dólares, lo que representa alrededor del 25,4%³⁴.

Los datos anteriores proporcionan una imagen bastante fiable del comercio intrasudamericano, puesto que sólo faltan Guyana y Surinam -que participan en la Unasur pero no son miembros de ALADI-, y que, sumados, representan poco más del 0.5% del total, y Venezuela -que participa en ambas pero no proporciona datos-, lo que supone alrededor del 14%, según fue reseñado antes.

Estas cifras ponen en tela de juicio la razón fundamental de la creación de una zona de integración: la preferencia comercial que se otorgan los socios incrementará notablemente su comercio recíproco. Basta con señalar que dentro la Unión Europea el comercio intracomunitario supone aproximadamente 2/3 del comercio total. A la postre, ello hace que aflore la necesidad de que se profundice la integración en los dos bloques subregionales de Sudamérica, el MERCOSUR y la CAN. A fin de cuentas, el MERCOSUR es una zona de libre cambio con excepciones notables y una unión aduanera imperfecta (en particular en los sectores automotriz y azucarero, así como en los casos cubiertos por la cláusula de adaptación competitiva), con elementos de mercado común y de una unión económica (siendo probablemente el ejemplo más significativo el Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR -FOCEM-. Y la CAN es una unión aduanera imperfecta (vistas las excepciones y el amplio margen de discrecionalidad concedido a los Estados en relación con el arancel externo común) con elementos de mercado común y de unión económica, como pone de relieve el derecho de circulación y de permanencia de nacionales andinos en la subregión con fines laborales sin perder sus derechos a la seguridad social en su país de origen. Ello dificulta la neutralización de las asimetrías entre sus Estados partes. Lógicamente, al haber transcurrido poco más de tres años desde su creación la Unasur no es más que un proyecto de constitución de una zona de libre comercio.

No debe olvidarse tampoco que la convergencia gradual entre el MERCOSUR y la CAN en una zona de libre cambio constituye una de las premisas en las que se sustenta la instauración de la Unasur, como fue expuesto antes. Y la suerte de este proceso de libre cambio

³⁴Elaboración propia con datos del informe de la Secretaría General de la ALADI, "Comercio exterior global: enero-diciembre 2004-2005", ALADI/SEC/di 1920.3, de 19 de abril de 2006, accesible en <http://www.aladi.org/nfsaladi/sitio.nsf/inicio2004?OpenFrameSe t&Frame=basefrm&Src=%2Fnsfaladi%2Fsitio.nsf%2Fvsitioweb2004%2Fcomercio%3FOpenDocument%26AutoFramed>.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

es incierta, dada -además de las asimetrías de las economías implicadas- la frágil estructura de sus intercambios comerciales y la enorme dependencia de Brasil, que por sí solo representa más del 50% de la superficie y de la población de la zona sudamericana, siendo su PIB agregado superior a la suma del de los otros 11 Estados sudamericanos, con aproximadamente el 53% del total en 2005 (796.284 millones de dólares de un PIB agregado de Sudamérica de 1.493.521 millones de dólares).

Centrémonos en las relaciones comerciales entre el MERCOSUR y la CAN, en tanto constituyen el grueso de los flujos comerciales dentro de Sudamérica, representando aproximadamente el 85% del total. Existe una elevada volatilidad en los intercambios de mercancías, con picos de subida y de bajada de comercio de gran magnitud (pasando, por ejemplo, de los aproximadamente 5.000 millones de dólares de 1997 a 4.312 millones de dólares de 1999, los 5.345 millones de dólares de 2003 y los 8.500 millones de dólares de 2004); un desequilibrio excesivo en la balanza comercial a favor de los países del MERCOSUR (así, en 2004 hubo un superávit mercosureño superior a los 4.300 millones de dólares); una dependencia desmesurada por parte de los países de la CAN de la exportación de unos pocos productos (especialmente, gas natural, que en 2004 representaban el 31% de las exportaciones al MERCOSUR, seguido de los derivados del petróleo, con otro 7.6%), etcétera.

Lógicamente, con la firma del protocolo de adhesión de Venezuela al MERCOSUR el 4 de julio de 2006 estos problemas de desequilibrio entre ambos bloques subregionales tienden a incrementarse notablemente en detrimento de la CAN³⁵ y en provecho del bloque mercosureño³⁶. Mas no deben olvidarse tampoco los problemas y

³⁵ Así lo deja traslucir el reciente documento de la Secretaría General de la CAN, "El comercio exterior de bienes entre los Países Andinos y la República Bolivariana de Venezuela", de 5 de febrero de 2007, <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DInformativos/SGdi813.doc>. De hecho, se produce una pérdida significativa para los países que siguen siendo miembros de la CAN, puesto que pierden un proveedor de talla mundial en la venta de petróleo, gas y sus derivados, así como hierro y acero y metales no ferrosos; a su vez, Venezuela pierde proveedores de productos manufacturados de los sectores textil, confecciones, vehículos y alimentos, entre otros. De ahí la importancia que pueden tener los proyectos de la Unasur que ya están en marcha para contrarrestar estos efectos negativos.

³⁶ R. ZIBECCHI ("La integración regional después del fracaso del ALCA", de 7 de marzo de 2005, accesible en <http://www.americaspolicy.org>) explica la (entonces previsible) integración de Venezuela en el Mercosur como

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

las fricciones que el ingreso de Venezuela al MERCOSUR puede engendrar en la dinámica interna de funcionamiento de este bloque, en el que se decide por unanimidad, así como en relación con las negociaciones internacionales, y en particular con Estados Unidos y la Unión Europea.

Y si bien es verdad que el volumen total de los intercambios dentro del Cono Sur es mayor que nunca en cifras absolutas, su valor en tantos porcentuales ha disminuido considerablemente (hasta el 16% en el MERCOSUR y el 11% en la CAN), y la desviación de estos nuevos flujos comerciales tiene un claro responsable: el saldo positivo de la balanza comercial de Brasil y Argentina con China³⁷.

una alianza en virtud de la que Venezuela ofrece petróleo barato y con buena financiación que ayuda a resolver el déficit energético interno de Argentina y Brasil, a la vez que proporciona a estos dos países una ampliación de mercado a favor del empresariado industrial y el agrobusiness. A cambio Venezuela obtiene un foro que le respaldará en su pugna política con Estados Unidos, disminuyendo ligeramente la dependencia económica de sus exportaciones a este país, a la vez que obtiene reservas en dólares de Argentina y Brasil con las que comprar bienes y servicios que necesita en estos dos países y al nivel mundial.

Véase también A. GUTIÉRREZ, “Venezuela: oportunidades y amenazas de su inserción en el Mercosur”, *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, núm. 14, julio de 2006, pp. 29-54; C. MALAMUD, “La salida venezolana de la Comunidad Andina de Naciones y sus repercusiones sobre la integración regional: su impacto en el Mercosur”, *ARI* parte (núm. 54, de 10 de mayo de 2006) y II parte (núm. 64, de 31 de mayo de 2006); L.A. TORO, “Efectos del ingreso de Venezuela a Mercosur sobre la balanza comercial, con énfasis en productos no petroleros”, *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, núm. 14, julio de 2006, pp. 129-151.

Véase igualmente en esta monografía los artículos de N. MELLADO, “La incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur y su impacto subregional” y H.G. PREUSSE, “Consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN y de su entrada al Mercosur”, en *Mercosur y Unión Europea. Segundas Jornadas Científicas de EULATIN II (Universidad de Sao Paulo – Brasil, 17 y 18 de septiembre de 2007)*, Córdoba: Lerner Editora SRL, en prensa.

³⁷ Con datos tomados de Eurostat (Comunidad Europea), en 2004 las importaciones dentro del Mercosur alcanzaron los 11.651 millones de euros y las importaciones mercosureñas de China a los 4.081 millones de euros, mientras las exportaciones dentro del Mercosur llegaron a 12.818 millones de euros y las exportaciones mercosureñas a China a 5.597 millones. Ello significa que el comercio del Mercosur con China representa ya el 43.2% del comercio en el Cono Sur. Y el saldo es favorable para el Mercosur en 1.516 millones de euros.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

El estado de cosas resultante de los datos expuestos es, sin duda alguna, muy preocupante y exige acometer inmediatamente reformas de hondo calado que mejoren el volumen y la estructura de los intercambios comerciales entre los países sudamericanos para poder avanzar hacia la convergencia entre los diversos acuerdos de integración económica de Sudamérica si se quiere realmente que la Unasur tenga posibilidades de éxito³⁸.

Es preciso, también, una clarificación importante de la agenda externa de la Unasur vistas las diferencias que mantienen los países sudamericanos en torno a sus prioridades internacionales, como -por ejemplo- si es mejor estrechar relaciones con Estados Unidos en el seno del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) o con la Unión Europea. Ello es debido, en gran medida, a las tentaciones políticas hegemónicas de Brasil y Venezuela³⁹. ¿Podrán ser capaces de asumir las funciones de motor de la integración sudamericana que

³⁸ Véase el Informe conjunto de las Secretarías Generales de la Comunidad Andina, el Mercosur y la ALADI, *Convergencia de los Acuerdos de Integración en Sudamérica*, de 13 de julio de 2006, accesible en <http://www.comunidadandina.org/csn/estudios.htm>. En él se exponen indicadores de la importancia de Sudamérica en la economía internacional y se examina a continuación el nivel de avance real en la constitución de zonas de libre cambio a la vista de los aranceles vigentes, las disciplinas comerciales (reglas de origen, regímenes aduaneros, mecanismos de defensa comercial, obstáculos técnicos al comercio, medidas no arancelarias, sanitarias y fitosanitarias y solución de controversias) y materias complementarias (comercio de servicios, inversiones, propiedad industrial, competencia y compras en el sector público). Tras el diagnóstico se incorporan propuestas para acelerar gradualmente la convergencia en todas las áreas reseñadas. Así, reducir las excepciones al libre comercio para 2010 -por ejemplo, en el sector automotor dentro del Mercosur-, crear un régimen de origen común para la región, alcanzar un acuerdo regional en materia de obstáculos técnicos al comercio y acordar un régimen común de compras del sector público.

³⁹ Cabe recordar la fuerte oposición al ALCA de Venezuela y con menos rotundidad de los países Mercosureños, frente a la posición favorable de Estados Unidos, con el respaldo de México y de los otros países andinos, en la IV Cumbre de las Américas (Mar de Plata, Argentina, 4 y 5 de noviembre de 2005). Esta discrepancia ha llevado a Colombia y Perú a suscribir acuerdos bilaterales de libre comercio con Estados Unidos y, subsiguientemente, considerando que se trata de unos minis-ALCA, Venezuela denunció el acuerdo de Cartagena en abril de 2006 para retirarse de esta Organización y lanzó la Alternativa Bolivariana para América Latina y el Caribe (ALBA) como medio para la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Hay que tener en cuenta que para Vene-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ha tenido tradicionalmente dentro de la Unión Europea el tándem Alemania - Francia? ¿Estarán dispuestos a consentirlo los otros países, especialmente Argentina y Perú? ¿Serán capaces los países sudamericanos de orillar las diferencias ideológicas que los enfrentan en provecho de la empresa común? Son algunas de las incógnitas que ya emergen en este momento. Este estado de cosas ha llevado a advertir acertadamente que, en general, Sudamérica “pese a su retórica, no tiene una visión común sobre la inserción internacional”⁴⁰.

Sería de ilusos, por otra parte, cerrar los ojos ante el inexcusable reajuste institucional que precisa la Unasur vistos los inevitables problemas que originará su marcado carácter intergubernamental en su funcionamiento interno y en las negociaciones con terceros países y bloques regionales. Antes fue examinada esta cuestión, por lo que es suficiente ahora con interrogarse abiertamente si los Estados miembros de la Unasur estarán dispuestos a modificar un sistema en que la confianza reposa en último término en la facultad de vetar sus decisiones políticas. La devaluación del papel de la Comisión de Altos Funcionarios durante su proceso de gestión apunta claramente hacia una respuesta negativa.

Hay que señalar que el mundo empresarial de los países implicados presta mayoritariamente su apoyo al establecimiento de un área de integración sudamericana⁴¹. Y parece igualmente que cuen-

zuela los TLC son instrumentos neoliberales que no favorecen a los pueblos por lo que rechaza frontalmente su celebración.

A su vez, Brasil acaba de celebrar una cumbre bilateral con la Unión Europea en julio de 2007 tras la cual ésta le reconoce el papel de potencia regional emergente con la que es conveniente estrechar el diálogo político en cualquier tema de interés común, y el comercio lo es sin duda. En este contexto, si Venezuela sigue disputando a Brasil su hegemonía regional, ¿no estará éste tentado de “ir por libre”, esto es, desvincularse de los acuerdos de integración que la vinculan, inclusive el Mercosur? La aprobación de la ley brasileña de julio de 2007, permitiendo al Ejecutivo la creación de 17 zonas francas nuevas, apunta en esta dirección.

En fin, Paraguay y Uruguay han celebrado acuerdos de facilitación del comercio y la inversión (TIFA, en las siglas inglesas) con Estados Unidos, a pesar de que la resolución 32 del Grupo Mercado Común del Mercosur, de 2000, estipula que los países miembros no podrán negociar individualmente acuerdos comerciales o económicos con otros países si quieren mantener el estatus de miembro pleno del Mercosur.

⁴⁰ N. MELLADO, “Desafíos que plantea la Comunidad Sudamericana de Naciones. Entre transformaciones y continuidades”, *op. cit.*, p. 81.

⁴¹ Vid. N.B. MELLADO (Coord.), *Los actores empresariales argentinos frente al Mercosur*, La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2006.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ta con el sostén de otros agentes que componen la sociedad civil, como -por ejemplo- los sindicatos y representantes de ONGs de cada país participante, vistas las declaraciones de las Cumbres Sociales desarrolladas paralelamente antes de las Cumbres de Presidentes. Ahora bien, se trata todavía de un proceso desconocido por gran parte de la ciudadanía y algunos sectores sociales temen que esta unión acabe siendo otro organismo burocrático que obstaculice el libre comercio con las potencias comerciales del Mundo, por lo que rechazan su implementación, al igual que sucedió con el ALCA⁴². Ello significa que tendrán que tomarse medidas en aras a lograr que visualicen la relación sudamericana como un instrumento eficaz para una transformación económica conjunta que les permita competir mejor en el escenario económico global actual. Y es que la credibilidad ante la sociedad civil interna, así como los inversores extranjeros y terceros países es una cuestión significativa de cualquier acuerdo regional preferencial, y habiendo afectado negativamente a los acuerdos regionales preferenciales aprobados por países sudamericanos la falta de credibilidad. De hecho, hoy en día la credibilidad es un problema tanto en el MERCOSUR como en la CAN, sin que se aprecie claramente si se ha iniciado una nueva etapa en sus procesos internos que pueda permitirles presentarse como región organizada del tipo -en su proyección futura- de la Unión Europea y el NAFTA⁴³. Y esta situación repercute negativamente en la aspiración de crear un espacio sudamericano de integración como la Unasur.

Finalmente, no se puede hacer borrón y cuenta nueva de los conocidos males endémicos de varios países de la región sudamericana y, en particular, de la zona andina, como son la producción y el

⁴² Véase una panorámica general del tema en A. SERBIN, “Entre Unasur y ALBA, ¿otra integración (ciudadana) es posible?”, *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe* (CRIES), núm. 6, 2007, pp. 7-32. En relación con la participación de la sociedad civil en los procesos de integración regional en América Latina y el Caribe es útil la consulta de diversos documentos de ALOP (Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción), CELARE (Centro Latinoamericano para las Relaciones con Europa), CRIES (Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales), DESCO (Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo) y SOCIAL WATCH.

⁴³ Vid. para mayores detalles sobre el tema F. PEÑA, “Algunos desafíos políticos e institucionales que plantea la globalización de la integración: el caso de los países socios del Mercosur”, en A. ESTEVAORDAL y R. TORRENT (Eds.), *Regionalismo global. Los dilemas para América Latina*, Barcelona: CIDOB, 2005, pp. 256-264.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

tráfico ilícito de estupefacientes⁴⁴, la corrupción pública generalizada en casi todos los niveles⁴⁵, la vulneración de derechos humanos (a causa del hambre y la miseria en muchos casos y, en otros, por la corrupción y el narcotráfico), el riesgo real de involución democrática en Bolivia y Venezuela, la violencia interna, etcétera. Desde esta perspectiva se comprende la inclusión de la democracia y los derechos humanos como objetivos prioritarios de la Unasur.

Los países sudamericanos son plenamente conscientes de estos problemas, como lo prueba el hecho de haber sido sistematizados en interesantes documentos recientes, de 13 de julio de 2006, elaborados, a su encomienda, por las Secretarías Generales de la CAN, el MERCOSUR y la ALADI para el proceso de convergencia sudamericano⁴⁶. Y las declaraciones políticas que siguen a las Cumbres presidenciales ponen el acento en los desafíos para superar este estado de cosas.

3.3.2. Ventajas potenciales

La creación de más comercio intrazonal es el *leit motiv* para iniciar un proceso de integración, toda vez que la práctica eliminación de las barreras al comercio regional lleva, generalmente, a incrementar los intercambios dentro de la zona, dadas las ventajas comerciales que resultan para la circulación y la venta de los productos originarios de los países implicados, en detrimento -en una primera época- de flujos comerciales existentes con terceros países y generándose, después, nuevos intercambios con el mundo. Y es que

⁴⁴ La CAN cuenta entre sus miembros con tres de los principales productores de coca a nivel mundial (Perú, Colombia y Bolivia). Y la ingente ayuda económica de Estados Unidos y la Unión Europea para erradicar los cultivos de la coca, no siempre se traduce en éxito. Y mientras no sea resuelto el incremento del consumo, habrá más producción, lo que y dificulta que reciban más ayuda de estos países, con lo que el círculo vicioso se cierra.

⁴⁵ La corrupción constituye uno de los obstáculos más preocupantes para la gobernabilidad de las sociedades latinoamericanas y conlleva enormes costes económicos, financieros y sociales.

⁴⁶ Se trata de los tres documentos siguientes de las Secretarías Generales de la CAN, el Mercosur y la ALADI, ya mencionados en otras sedes: 1) Un nuevo tratamiento de las asimetrías en la integración sudamericana; 2) Convergencia de los Acuerdos de Integración en Sudamérica; y 3) Cuestiones Jurídico - Institucionales de la Comunidad Sudamericana de Naciones (accesibles en <http://www.comunidadandina.org/csn/estudios.htm>).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

hoy en día no se conciben los procesos de integración como fortalezas aisladas⁴⁷.

El MERCOSUR y la CAN son ejemplos expresivos en este sentido, conviene recordarlo, pues la Unasur se sustenta en ellos y en su convergencia gradual hacia una zona de libre cambio gracias a los acuerdos de libre comercio suscritos entre sus países miembros. En la época de su creación (1991), el comercio entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay rebasaba ligeramente la cifra de 5.000 millones de dólares y en 2005 alcanzó los 42.350 millones de dólares. El valor del comercio hacia el exterior en 1991 era de 80.000 millones de dólares y en 2005 llegó a 273.151 millones de dólares. En este mismo periodo el comercio dentro de la CAN ha pasado de 2.000 millones de dólares de un total de 51.000 millones de dólares en 1991 a 19.244 millones de dólares de un global de 171.382 millones de dólares en 2005. Y el alza del flujo de comercio entre los países miembros del MERCOSUR y la CAN no ha sido en detrimento del intercambio con otros países⁴⁸. El crecimiento de la relación comercial es, pues, incuestionable, a pesar de que la tasa de participación del comercio intrazonal con respecto al mundo es baja (en torno al 16% en el MERCOSUR y el 11% en la CAN), por lo que deberían adoptarse medidas para su corrección.

Los datos comerciales relativos a las relaciones entre la CAN y el MERCOSUR antes analizados también reflejan el incremento progresivo de los flujos comerciales entre ellos en los últimos años. Y las cifras deberían ser mayores cuando la zona de libre cambio esté operando a pleno rendimiento, una vez finalizados los periodos transitorios previstos por los diversos acuerdos de complementación económica que vinculan a sus Estados miembros. De hecho, desde que se intensificaron las negociaciones para suscribir el ACE 59 en 2003 es sensible el alza registrada del comercio entre ambos socios, mos-

⁴⁷ En general, sobre los beneficios y costes de un proceso de integración económica regional, en términos de creación y desviación de comercio, economías de escala internas y externas, mayor competencia y efecto procompetitivo, mayor disponibilidad y movilidad de los factores de producción; convergencia de las estructuras productivas y de consumo, convergencia financiera, etcétera, vid. J.A. NIETO SOLÍS, *Fundamentos y políticas de la Unión Europea*, 3º ed. correg., Madrid: Siglo XXI, 2001, pp. 18 ss; J. TUGORES, *Economía internacional: globalización e integración regional*, 5ª ed., Madrid: McGraw-Hill, 2002, pp. 123 ss.

⁴⁸ Elaboración propia con datos tomados de diferentes documentos estadísticos de la CAN, disponibles en <http://www.comunidadandina.org/estadisticas.asp> y de informes de comercio exterior de la ALADI disponibles en <http://www.aladi.org/nsfaladi/estudios.nsf/inicio2004>

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

trando el dinamismo de la relación comercial. Ello está contribuyendo a la creación de nichos en el mercado de los nuevos socios que hasta ahora no estaban a su alcance y a desarrollar los que ya existían, pero sólo limitadamente, a pesar de contar con productos competitivos, como son -por ejemplo- el aluminio, el vidrio y los productos petroquímicos andinos para el mercado mercosureño o productos oleaginosos y carne mercosureña en el mercado andino.

Hay que tener en cuenta, en segundo lugar, que la creación de una zona de libre cambio puede servir para promover una diversificación de la estructura productiva que permita la exportación de productos no tradicionales, disminuyendo así la vulnerabilidad actual de sus intercambios comerciales a los cambios bruscos de los precios en el mercado mundial. El patrón de especialización de los países sudamericanos ha sido superavitario en bienes primarios y deficitario en bienes industriales, con consecuencias negativas para su desarrollo económico. En este contexto, la integración regional aparece como una alternativa para mejorar la calidad del comercio y desarrollar nuevas ventajas competitivas que permitan superar ese patrón de especialización, a través de una profundización de los procesos de diversificación que pueda producir un incremento de su comercio intraindustrial, ya que el intercambio predominante en los países sudamericanos se caracteriza por ser básicamente interindustrial y el desarrollo del comercio intraindustrial tiene la importancia de reducir la dependencia actual del superávit primario para financiar el déficit en bienes industriales, al tiempo que facilitaría el propio proceso de integración debido a los menores costes en los ajustes en la estructura productiva asociados con este tipo de intercambio⁴⁹.

Más allá del comercio, la zona de libre cambio puede generar otros beneficios económicos para cada uno de los países que la integran y para la región sudamericana en su conjunto. Un estudio de 2005 evalúa el impacto potencial, tanto agregado como sectorial, del ACE 59 para el comercio y las economías mercosureñas y andinas implicadas, incluyendo a Bolivia. Los principales resultados ponen de manifiesto que este acuerdo debería tener un efecto positivo sobre el bienestar agregado (volumen de comercio, patrón de los intercambios, PIB y empleo) de cada país signatario, llevando a reduccio-

⁴⁹ L.A. TORO, "El acuerdo entre la CAN y el Mercosur: importancia e impacto en las economías sudamericanas", en J. BRICEÑO RUIZ y A. MARLENY BUSTAMANTE, *La integración latinoamericana: entre el regionalismo abierto y la globalización*, Mérida (Venezuela): Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes, 2002, pp. 74 y 80, disponible en <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/VE-INT-0002.pdf>

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

nes significativas tanto de pobreza como de desigualdad en la distribución del ingreso. Desde una perspectiva sectorial, habría países ganadores (sectores que aumentan la producción) y países perdedores (sectores que disminuyen su producción), de manera que la repercusión del ACE 59 en cada sector no sería la misma en términos de PIB, empleo, patrón de los intercambios y volumen comercial⁵⁰.

A todo lo anterior hay que añadir, finalmente, que desde 2005 se están poniendo en marcha iniciativas que pueden redundar en otros beneficios económicos importantes para dinamizar la integración sudamericana, según fue expuesto en páginas precedentes, debido a los contratos de construcción.

En el mismo plano económico cabe esperar igualmente que se produzcan otros beneficios nada desdeñables porque la culminación de la Unasur debería servir para alcanzar un reparto más equitativo de la riqueza, lo que presupone una cierta estabilidad y convergencia macroeconómica, así como una inserción más armoniosa de los países y bloques regionales que conforman Sudamérica en la economía globalizada; y adicionalmente impulsar la inversión en capital humano (educación, particularmente).

Finalmente, del estrechamiento de relaciones en Sudamérica al nivel político pueden derivarse algunos beneficios no estrictamente económicos, como son la consolidación de la democracia y el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos o la mejora de la capacidad negociadora de sus países y bloques regionales de integración frente a Estados Unidos y la Unión Europea (por ejemplo, en futuras rondas de la ejecución del acuerdo marco interregional de cooperación de 1995 de la Comunidad Europea y el MERCOSUR, junto con sus Estados miembros, o en la negociaciones iniciadas en julio de 2007 con la CAN, en ambos casos con el objetivo de establecer una asociación estratégica que puede implicar, *inter alia*, la creación de una zona de libre cambio a ambas orillas del Atlántico, porque una voz común en política comercial que reúna a una buena parte de América Latina le daría más poder de negociación.

4. Reflexiones finales

La construcción de un espacio sudamericano es un reto de pri-

⁵⁰D. BERRETTONI y M. CICOWIEZ, *El Acuerdo de libre comercio Mercosur-Comunidad Andina de Naciones: una evaluación cuantitativa*, Santiago de Chile: CEPAL, abril de 2005, accesible en <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/21554/P21554.xml&xsl=/deype/tpl/p9f.xsl&base=/comercio/tpl/top-bottom.xslt>

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

mer orden para los países de esta región. Llevar a cabo esta tarea es posible, siempre y cuando exista tiempo, paciencia, recursos y, sobre todo, la voluntad política necesaria para canalizar el proceso de complementariedad económica y se utilicen métodos de trabajo adecuados para optimizar los esfuerzos. Sólo con esta visión estratégica a largo plazo será viable la empresa común⁵¹.

La primera condición parece cumplirse en este momento, en tanto constituye una de las prioridades de las agendas externas de los países sudamericanos. Así lo testimonian las reuniones periódicas de los Jefes de Estado de los 12 países de la Unasur, así como la pasada I Cumbre Energética Sudamericana de abril de 2007, en las que se pone énfasis en la trascendencia de primer orden de la integración sudamericana. Son también frecuentes los contactos a nivel ministerial y de altos funcionarios y los encuentros entre las secretarías de los bloques subregionales implicados.

La segunda condición requiere precisar el contenido de sus relaciones con realismo, porque no todo objetivo puede acometerse, por deseable que sea, de manera que hay que jerarquizarlos, y las finalidades priorizadas deberán acometerse gradualmente y con flexibilidad. Es, pues, preciso fijar una hoja de ruta.

La situación actual del comercio entre los países sudamericanos refleja un cierto estancamiento en su volumen y una escasa diversificación de los intercambios. La primera secuencia de la hoja de ruta debería pasar, por lo tanto, por incrementar los flujos comerciales, porque el comercio intrarregional es bajo todavía, así como por mejorar notablemente los términos de los intercambios comerciales entre los dos principales bloques subregionales (el Mercosur y la CAN), pues la estructura actual se caracteriza por su fragilidad.

Una vez conseguido este objetivo habría que franquear un nuevo paso para ir más allá de los aspectos comerciales, ya que la integración en América del Sur debe ser multidimensional y, por lo tanto, englobar temas como la gobernabilidad democrática, la cooperación financiera, la protección del medio ambiente, la cohesión eco-

⁵¹ Con palabras de R. SENNES y C. TOMAZINI “Agenda sudamericana de Brasil: ¿proyecto diplomático, sectorial o estratégico?”, *Foreign Affairs en Español*, enero-marzo de 2006, accesible en <http://www.foreignaffairs-esp.org>, existe todavía una “distancia entre la retórica y las metas políticas de la integración sudamericana y la efectividad y coherencia de ese proyecto estratégico. Esa característica da pie a que la agenda regional se encuentre mucho más consolidada como proyecto diplomático que como proyecto de gobierno”.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

nómica y social, etcétera. Integración, sí, pero con una agenda que no se reduzca al comercio. Y en este sentido convendrá establecer una jerarquía entre los muy numerosos objetivos –asi como métodos- que se ha fijado la Unasur desde la Cumbre de Cochabamba de 2006 si no quiere acabar siendo un ejercicio discursivo más de pura retórica, de “diplomacia narcisista”.

En definitiva, pensamos que Unasur puede convertirse en el instrumento que permita el desarrollo de la integración regional y servir a la vez de palanca para una mejor inserción de Sudamérica en las relaciones internacionales. Claro que no somos tan ingenuos como para no tener presente que lo viable no siempre deviene realidad, y puede perfectamente suceder que no progrese la integración sudamericana. Lo que significa que los países de la región tendrán que trabajar con ahínco para que madure el maridaje sudamericano. Queda todavía un largo camino por recorrer.

BLANCA

CAPÍTULO IV

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE LA UNASUL INSTITUCIONALIDAD Y CONVERGENCIA

***(TOWARDS THE CONSTRUCTION OF THE UNASUL
INSTITUTIONALISM AND CONVERGENCE)***

Rita Marcela Gajate

RESUMEN:

La Comunidad Sudamericana de Naciones nace con la Declaración de Cusco de Diciembre de 2004. Involucra a dos procesos de integración vigentes y en desarrollo: la CAN -Comunidad Andina de Naciones- y al MERCOSUR -Mercado Común del Sur- más Chile, Suriname y Guyana. Sobre la base de la convergencia entre los dos primeros se pretende estructurar un nuevo sistema de integración. Advertimos que no se pretende crear una institucionalidad propia. Este trabajo pretende presentar algunos aspectos de la convergencia institucional describiendo similitudes y diferencias básicas entre los bloques referidos con el fin de abrir el debate jurídico sobre el particular.

PALABRAS-CLAVE:

UNASUL - Convergencia - Institucionalidad.

ABSTRACT:

The South American Community of Nations is born with the Declaration of Cusco of December 2004. It involves two effective processes of developing integration: The CAN - Andean Community of Nations - and the MERCOSUR - Common Market of the South- more Chile, Suriname and Guyana. On the base of the convergence between both first it is tried to structure a new system of integration. We noticed that it is not tried to create an own institutionalism. This work tries to present some aspects of the institutional

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

convergence describing the similarities and basic differences between the blocks referred with the purpose of opening the juridical interchange on the topic.

KEY WORDS:

UNASUL - Convergence - Institutionalism.

SUMARIO: 1. *La construcción de la UNASUL (Unión Sudamericana de Naciones).* 2. *Bases para la convergencia CAN – MERCOSUR.* 3. *Primeros esbozos de una estructura institucional.* 4. *Una visión institucional comparativa CAN-MERCOSUR.* 5. *Elementos para la convergencia y articulación jurídico - institucional.*

1. La construcción de la UNASUL (Unión Sudamericana de Naciones)

“CAN -Comunidad Andina de Naciones- y MERCOSUR -Mercado Común del Sur- tienen la misma meta: la Unión Latinoamericana. El Barco navega con vientos cruzados, pero llegará a ese puerto”¹. El Secretario General de la CAN no podría haberse expresado más claramente. La construcción de este nuevo proceso de integración no pareciera presentarse sencillamente. Este nuevo proceso de integración lleva ya casi tres años de anuncios y documentos aunque, en el presente, escasos son sus avances y concreciones.

Evaluando su marcha, la Comisión Estratégica de Reflexión² ha entendido que es imprescindible que se den pasos en materia de fortalecimiento institucional, más allá de las reuniones Presidenciales, Ministeriales y sectoriales. Para lograr los objetivos de efectiva coordinación de la Comunidad, se hacen necesarias instancias orgánicas, que garanticen la planificación, implementación y continuidad de los proyectos e iniciativas regionales.

Es que la base de construcción se ha cimentado sobre la conver-

¹ EHLERS Freddy. “CAN y MERCOSUR tienen la misma meta: la Unión Latinoamericana”, en *CasAmérica*, 11/05/07. www.casamerica.es. En el marco del Foro Tribuna Iberoamericana, el Secretario General de la Comunidad Andina de Naciones planteó los desafíos que enfrenta el desarrollo de esta nueva iniciativa de integración.

² II CUMBRE DE LA COMUNIDAD SUDAMERICANA DE NACIONES, Cochabamba, Bolivia, 8 y 9 de diciembre de 2006. Documento Final.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

gencia de los dos bloques más fuertes del cono sur: CAN y MERCOSUR, aunque se ha dicho también que no se procurará la duplicación de instituciones.

La reciente Declaración de Santiago³, resultante de la XVII Cumbre Iberoamericana de Naciones, -expresa en uno de sus veinticuatro puntos- que los países firmantes “Acuerdan enfrentar las asimetrías e injusticias en las relaciones económicas y comerciales internacionales, con miras a favorecer el aumento del comercio internacional con consecuencias positivas sobre el nivel de empleo y la inclusión social en el área iberoamericana”. Tal afirmación no es sorprendente pues se advierte en los últimos años un propósito sostenido de avance hacia la integración regional con nuevos contenidos y metas.

La “solidaridad y la cooperación en la búsqueda de una mayor equidad y reducción de la pobreza”, la “soberanía como respeto a la integridad territorial y autodeterminación de los pueblos”, la “paz a través de la resolución pacífica de las controversias”, la “democracia y el pluralismo para consolidar una integración sin dictaduras”, los “derechos humanos universales” y la “armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible”; son los principios de la integración sudamericana pretendida por la UNASUL -Unión de Naciones Sudamericanas-⁴.

Este nuevo proceso de integración se construirá de modo flexible y gradual en su implementación permitiendo que cada Estado parte asuma los compromisos según su realidad, respetando sus tiempos y soberanía de cada país⁵.

Es que la mayoría de los países que forman parte de la UNASUL pertenecen ya a otros esquemas de integración. Comparten el propósito de expansión o el deseo de su propia profundización pero se hallan ante tres alternativas posibles: a) adoptar un modelo similar al europeo unión aduanera en camino hacia un mercado común, b) elegir un modelo similar al norteamericano de acuerdos de libre comercio o c) tomar el modelo venezolano del ALBA -Alternativa Bolivariana para América Latina y el Caribe-⁶. Con el paso del tiempo confirmará cuál es el modelo prevaleciente.

³ XVII CUMBRE IBEROAMERICANA DE NACIONES. 9, 10 y 11 de noviembre de 2007. Documento Final. Declaración de Santiago. Versión preeliminar. En: www.eluniversal.com.mx

⁴ DECLARACIÓN DE COCHABAMBA. Colocando la piedra fundamental de la Unión Sudamericana. Texto Oficial. 2. Principios rectores de la integración sudamericana. 9 de diciembre de 2006.

⁵ DECLARACIÓN DE COCHABAMBA, op. cit. 3. Premisas para la construcción de la integración sudamericana.

⁶ INTERAMERICAN DEVELOPMENT BANK. En <http://search.iadb.org>. 9/12/07.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

El escenario regional en el que se desarrolla este nuevo proceso de integración se caracteriza en la actualidad por un desenvolvimiento particularmente complejo y cambiante. El modo de funcionamiento económico imperante y sus políticas aplicadas han sido objeto de severos cuestionamientos. Así se ha generado una exigencia cada vez mayor de cambios que ha abierto paso a propuestas y proyectos que, intentan romper con la situación existente y desarrollar estrategias de superación de problemas y desigualdades, incluyendo redefiniciones que en el ámbito de las relaciones externas permitan las condiciones necesarias para esa superación⁷.

Los objetivos perseguidos, explicitados en la Cumbre de Cochabamba, buscan revertir el enorme déficit social de la región. El siguiente cuadro muestra el alcance definido en relación a cada uno de ellos.

Tabla 1. Objetivos de la UNASUL⁸

1. Superación de las asimetrías para una integración equitativa	Desarrollando mecanismos concretos y efectivos que permitan resolver las desigualdades que existen entre países y regiones sudamericanas.
2. Nuevo Contrato Social Sudamericano	A través de una integración con rostro humano articulada con la agenda productiva, con metas definidas de desarrollo social y mecanismos de evaluación.
3. Integración energética	Buscando la articulación de las estrategias y políticas nacionales para un aprovechamiento de los recursos energéticos de la región que sea integral, sostenible, solidario y que reconozca las asimetrías.
4. Infraestructura para la interconexión de nuestros pueblos y la región	Promoviendo la conectividad de la región a partir de la construcción de redes de transporte y telecomunicaciones con criterio de desarrollo social y económico, preservando el equilibrio de los ecosistemas.
5. Cooperación económica y comercial	Para lograr el avance de un proceso de convergencia innovador y dinámico encaminado al establecimiento de un sistema comercial transparente, equitativo y equilibrado.
6. Integración financiera sudamericana	Con el desarrollo de mecanismos compatibles con las condiciones específicas de políticas económicas y fiscales de los países.

⁷ SELA –Sistema Económico latinoamericano- “Arquitectura Institucional para la Articulación y la Convergencia de la Integración en América Latina y el Caribe”. Reunión Regional sobre la “Institucionalidad de la Integración en América Latina y el Caribe”. Caracas Venezuela. 3 y 4 de julio de 2007. SP/RR-IIALC/DT N°1-07

⁸ DECLARACIÓN DE COCHABAMBA, op. cit. 4.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

7. Integración industrial y productiva	Impulsando acciones de desarrollo industrial e innovación comunes.
8. Hacia una ciudadanía sudamericana	Alcanzando progresivamente el reconocimiento de derechos civiles, políticos, laborales y sociales para los nacionales de un Estado miembro en cualquiera de los otros Estados miembros.
9. Migración	Abordando el tema con un enfoque integral y comprensivo, con el respecto irrestricto de los derechos humanos
10. Identidad cultural	Promoviendo el reconocimiento, protección y valoración de todas las expresiones del patrimonio cul-
11. Cooperación en materia ambiental	Elaborando propuestas en materia de biodiversidad, recursos hídricos y ecosistemas
12. Participación ciudadana	Desarrollando mecanismos de diálogo entre las instituciones de la Comunidad Sudamericana de Naciones y la Sociedad Civil que permitan una mayor participación en la formulación de políticas.
13. Cooperación en materia de defensa	Promoviendo el intercambio e información de experiencias entre los Ministerios de Defensa.

Fuente: Elaboración propia en base a documentos oficiales

Como claramente puede advertirse el nuevo proceso de integración es ambicioso. Sus ámbitos de desarrollo son bien diversos e involucran áreas tan diferenciadas como específicas. Razón por la cual la estructura jurídico-institucional que se adopte deberá ser lo suficientemente compleja y a su turno versátil como para dar concreción a todos los objetivos enunciados.

2. Bases para la convergencia CAN – MERCOSUR

La Declaración de Cusco⁹ determina que la Comunidad Sudamericana de Naciones -CSN- se conformará con la “*convergencia de sus intereses políticos, económicos, sociales, culturales y de seguridad como un factor potencial de fortalecimiento y desarrollo de sus capacidades internas para su mejor inserción internacional*”. Dicha “convergencia” se define entonces, como el cimiento para la construcción de este nuevo proceso de integración.

Esta directriz se confirma cuando se establece el desarrollo y perfección de seis procesos entre los cuales se prioriza, ubicando en

⁹ DECLARACION DE CUSCO. III Cumbre Presidencial Sudamericana. 8 de diciembre de 2004. Texto Oficial. Capítulo I, párrafo 3°. www.comunidadandina.org

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

segundo lugar a *“la profundización de la convergencia entre MERCOSUR, la Comunidad Andina y Chile a través del perfeccionamiento de la zona de libre comercio, apoyándose en lo pertinente en la Resolución 59 del XIII Consejo de Ministros de la ALADI del 18 de octubre de 2004, y su evolución a fases superiores de la integración económica, social e institucional. Los Gobiernos de Suriname y Guyana se asociarán a este proceso, sin perjuicio de sus obligaciones bajo el Tratado revisado de Chaguaramas”*¹⁰.

Por tercera vez en la Declaración de la cual nace la CSN se utiliza el término “convergencia” al afirmar que *“la Comunidad Sudamericana de Naciones establecerá e implementará progresivamente sus niveles y ámbitos de acción conjunta, promoviendo la convergencia y sobre la base de la institucionalidad existente, evitando la duplicación y superposición de esfuerzos y sin que implique nuevos gastos financieros”*¹¹.

Para la construcción de este nuevo proceso de integración, en el marco de la Primera Cumbre Presidencial de la CSN de Brasilia¹², la Unión Interparlamentaria Sudamericana propone como *“punto de partida” una Agenda de Convergencia para la Comunidad Sudamericana de Naciones*. La mencionada Cumbre concluiría¹³ con la “Declaración Presidencial y Agenda Prioritaria” en cuyo 5º párrafo se dirá textualmente: *“En el campo económico los propósitos de la Comunidad Sudamericana de Naciones incluyen el avance y la consolidación del proceso de convergencia encaminado al establecimiento de una zona de libre comercio sudamericana, con miras a su perfeccionamiento, así como la promoción del crecimiento económico y reducción de las asimetrías, cuando ello sea posible, mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur”*.

El descripto plexo de declaraciones fundacionales menciona entonces repetidas veces el término “convergencia” relacionando aspectos bien diversos del nuevo relacionamiento emprendido. Ellos son: intereses políticos, económicos, sociales, culturales y de seguridad; profundización de las relaciones entre MERCOSUR, Comunidad Andina y Chile con el objeto de lograr una Zona de Libre Comercio; avance progresivo de una institucionalidad que evite duplicación de esfuerzos y la promoción del crecimiento económico y reducción de asimetrías. La ya referida “Agenda para la Convergencia” define en cinco campos a este proceso de convergencia: institucional, político, social, comercial y de política exterior.

¹⁰ Idem, Capítulo II, párrafo 2º.

¹¹ Idem, Capítulo III, párrafo 1º.

¹² 29 de septiembre de 2005.

¹³ 30 de septiembre de 2005.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Dada la evidente multiplicidad de áreas a converger, nos preguntamos acerca del alcance de su concepto como premisa para la comprensión profunda del proceso emprendido.

Conforme los documentos fundacionales resulta claro que la CSN se construirá sobre la base de la aproximación y convergencia entre la CAN, el MERCOSUR, y la participación activa de los otros tres países miembros Chile, Surinam y Guyana. Es decir, que en la construcción de la CSN tanto la CAN como el MERCOSUR deberán aportar sus fortalezas y al mismo tiempo profundizar sus respectivos procesos de integración en busca profesamente de su convergencia.

Se ha valorado positivamente¹⁴ a la mayor profundidad institucional de la CAN que sin duda enriquecerá tal construcción gradual. De la misma forma, y algunos autores¹⁵, lo han hecho con la flexibilidad organizacional del MERCOSUR; que puede ser útil como un aporte a la nueva construcción.

No se ha pensado *prima facie* en la construcción orgánica de la CSN en nuevas instituciones que reemplacen y se superpongan a las ahora existentes en la CAN o el MERCOSUR, no obstante haberse señalado la necesidad de contar un “Instrumento de Solución de Controversias para dar apoyatura institucional”¹⁶. Se ha interpretado en este sentido¹⁷ que se trata de un proceso de confluencia de voluntades que significará mantener por un buen tiempo las especificidades de cada proceso de integración, mientras se confluje armónicamente en una voluntad de mayores propósitos, en los diferentes ámbitos de confluencia que se han previsto. Ellos son:

- Diálogo político
- Integración física
- Medio ambiente
- Integración energética
- Mecanismos financieros sudamericanos
- Asimetrías
- Promoción de la cohesión social, de la inclusión social y de la justicia social
- Telecomunicaciones

Cuatro son los pilares sobre los cuales reposa esta construc-

¹⁴ WAGNER, Allan. Secretario General de la CAN. “Un Programa para la Convergencia”. Portal “Palestra”. Pontificia Universidad de Perú.

¹⁵ Idem.

¹⁶ ALADI/MERCOSUR/CAN/16/2006. “Convergencia comercial de países de América del Sur hacia la Comunidad Sudamericana de Naciones”. Septiembre 2006.

¹⁷ Idem.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ción: 1) cooperación política; 2) integración comercial y complementación productiva; 3) integración energética; 4) infraestructura, competitividad y desarrollo.

1) La cooperación política de Sudamérica comienza a abrirse espacio en varias etapas o fases. En primer lugar, mediante mecanismos de consulta y cooperación política en temas importantes de la agenda internacional, concertando posiciones que luego se puedan llevar a otros foros. Luego, estableciendo mecanismos de diálogos y cooperación con otros países y regiones del mundo. En ambos casos, se espera el aprovechamiento de la experiencia acumulada al respecto en los procesos de integración preexistentes sin haber previsto instrumentos al respecto.

2) Los anteriores acuerdos comerciales bilaterales concertados en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) han ido cediendo espacio a la convergencia gradual expresada. Estos deberán ser progresivamente profundizados para incorporar los elementos necesarios que afirmen la integración comercial, como son el libre tránsito de bienes y personas, infraestructura, políticas comerciales comunes, complementación industrial y coordinación macro-económica. En la medida en que se logre que el comercio interno sudamericano se incremente será posible hablar de una integración económica en perspectiva. Existe aquí un reto importante, al cual no son ajenas las consideraciones de una mayor competitividad internacional y aquellas referidas al reconocimiento de las asimetrías en la construcción del espacio sudamericano¹⁸.

3) Los países andinos constituyen un polo energético de gran importancia en el continente sudamericano. Poseen reservas de petróleo, gas, energía hidroeléctrica y carbón. Ello otorga a la CAN y a Sudamérica la posibilidad de optimizar su potencial en el mundo, a condición de poder establecer redes energéticas viables y eficientes. Pero no se trata sólo de la interconexión para un intercambio del producto final, sino de aunar esfuerzos y establecer una infraestructura y mecanismos de convergencia que hagan que el potencial energético pueda ser utilizado no sólo con provecho comercial, sino ante todo para la promoción del desarrollo de los países, y de las regiones menos favorecidas¹⁹. Los diversos circuitos energéticos interconectados que podrían construirse en Sudamérica constitu-

¹⁸ SECRETARÍA DEL MERCOSUR. Sector Asesoría Técnica. "Las Asimetrías y las Políticas de Convergencia Estructural de la Integración Sudamericana". Trabajo presentado en el Foro de Reflexión "Un nuevo tratamiento de las asimetrías en la Integración latinoamericana". La Paz. 21/10/05.

¹⁹ Declaración sobre la Integración en el Área de Infraestructura del 30/09/05.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

yen sin duda otra de las bases de su competitividad futura en el mundo. Aquí el realismo político deberá primar por sobre planteamientos retóricos, como en su momento lo hizo Europa al estructurar su núcleo de integración alrededor de la Comunidad del Carbón y del Acero.

4) El programa IIRSA (Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana) recoge los proyectos de interconexión vial de Sudamérica, otorgando prioridad a una treintena de ellos, a fin de lograr la interconexión básica y necesaria entre nuestros países, no solo en el sentido Norte-Sur, sino también en el sentido Este-Oeste. A lo largo y ancho de los grandes ejes de interconexión sudamericana podrán promoverse nodos de desarrollo económico y social que resulten estratégicos para nuestro continente.

Ante el ambicioso programa presentado se ha dicho que “la construcción gradual de la Comunidad Sudamericana de Naciones significa para algunos países la posibilidad de acceder a las riquezas del interior del continente, antes poco explorado y menos desarrollado. Para otros países, se trata de comunicar su propia producción y su visión del mundo, con otros, incluso vecinos, tradicionalmente aislados en sus consideraciones de política exterior o de comercio. Para otros más, se trata de un mecanismo que les permitirá solucionar en el marco multilateral algunas viejas diferencias bilaterales. Para todos, en general, se trata de ganar posibles mercados para sus propios productos, y sin duda también, de ganar fuerza política en escenarios multilaterales y frente a algunos actores mundiales”²⁰.

3. Primeros esbozos de una estructura institucional

La ya referida Cumbre Presidencial reunida en Cochabamba en diciembre de 2006 manifiesta la voluntad de los dirigentes de “colocar la piedra fundamental para la Unión Sudamericana”²¹. Expresamente se reconoce: “Nos planteamos un nuevo modelo de integración con identidad propia, pluralista, en medio de la diversidad y las diferencias, reconociendo las distintas concepciones políticas e ideológicas, que corresponden a la pluralidad democrática de nuestros países”²².

Este modelo, en su concepción, comprende el ámbito comercial y una articulación económica y productiva más amplia, así también nuevas formas de cooperación política, social y cultural, tanto pú-

²⁰ Idem.

²¹ DECLARACIÓN DE COCHABAMBA. Diciembre de 2006.

²² Idem, párrafo 6.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

blicas y privadas, como otras formas de organización de la sociedad civil. Se trata de una integración innovadora que incluya los logros y los avances de los procesos MERCOSUR y CAN, la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la convergencia de los mismos. El objetivo último de este proceso de integración es y será favorecer un desarrollo más equitativo, armónico e integral de América del Sur.

Entre las premisas para la construcción de este tipo de integración sudamericana pretendida, que se reconoce como ambiciosa, se señala como necesaria la superación de las asimetrías y el desarrollo de mecanismos concretos y efectivos que permitan resolver las grandes desigualdades que existen entre los países y regiones de Sudamérica.

Este proyecto, insertado en un creciente regionalismo global pretende interrelacionar dos organizaciones de integración económica de mediana intensidad²³, exceptuadas del régimen de la OMC, pero conviviendo con él y con grandes asimetrías que las distinguen.

La Declaración incluye un “Plan Estratégico para la Profundización de la Integración Sudamericana” cuyo primer punto se centra en el “Fortalecimiento de la institucionalidad de la CSN” definiendo por toda estructura a: 1) Reuniones anuales de Jefes de Estado y de Gobierno, 2) Reuniones semestrales de Cancilleres, 3) Reuniones ministeriales sectoriales, 4) Comisión de Altos Funcionarios y 5) Secretaría *pro tempore*.

La novedad se centra en la cuarta institución -Comisión de Altos Funcionarios- de la cual dependerán Grupos de Trabajo en áreas de infraestructura, integración energética y políticas sociales. Estos Grupos propondrán, a consideración de los Cancilleres y Ministros sectoriales, agendas e iniciativas concretas en las áreas definidas. Asimismo se le ha encargado el estudio de la Convergencia Institucional.

Los presidentes han invitado al Parlamento Andino y el Parlamento del MERCOSUR a considerar el diseño de mecanismos conducentes al establecimiento de un espacio parlamentario sudamericano.

No obstante lo descripto, no se ha definido una agenda concreta y no se especifica el modo ni metodología por la que se pretende avanzar en este proceso. El documento final presentado por la Co-

²³ CIENFUEGOS MATEO Manuel. “Las relaciones entre la Comunidad Andina de Naciones y el Mercado Común del Sur. ¿Una asociación (in) viable?, en *Europa retos e incógnitas*. Relaciones Internacionales 2005. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. Vitoria Gasteiz. Pág. 3.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

misión estratégica de Reflexión²⁴ parecería avanzar en alguno de los interrogantes planteados. Sin embargo los documentos oficiales no determinan aspectos concretos.

El referido documento propone como medidas inmediatas:

- Establecer una Comisión de Coordinación, de la que participen todos los países de la región, a través de representantes designados por sus gobiernos, así como los Secretariados del MERCOSUR, de la CAN y representantes del CARICOM y de ALADI, la cual garantizará la implementación de las decisiones presidenciales y ministeriales y la coordinación de las iniciativas ya existentes. La Comisión de Coordinación deberá contar con una Secretaria Permanente, con estructura reducida, para apoyar las actividades de la Comunidad Sudamericana de Naciones, incluyendo los Grupos de Trabajo. Los costos de la Secretaria Permanente serán cubiertos por el país sede, que designará su personal técnico y de apoyo, pudiendo la Secretaria incorporar funcionarios designados por los países miembros que, a su propio costo, así lo deseen.

- Crear Grupos de Trabajo permanentes, coordinados por encargados de misión de alto nivel, inicialmente para los temas de infraestructura, integración energética y políticas sociales y, a juicio de los Presidentes, para otras áreas contempladas en este documento.

- Crear un Grupo de Trabajo *ad hoc* para la profundización de los estudios pertinentes y elaboración de las propuestas de decisiones relativas a la constitución de los mecanismos financieros y de fomento para América del Sur, sobre la base de las conclusiones que figuran en Anexo.

- Establecer un Observatorio Social de América del Sur, bajo la supervisión del Grupo de Trabajo sobre políticas sociales, capaz de fijar parámetros teóricos y metodológicos regionales homogéneos para las acciones en el área social, en consonancia con los Objetivos del Milenio.

- Apoyar la convergencia y la articulación gradual de los parlamentos subregionales ya existentes o en proceso de instalación, con miras a la institución de un espacio parlamentario sudamericano, con participación de Chile, Guyana y Surinam.

- Consolidar y profundizar el Foro Sudamericano de Consulta y Coordinación Política establecido por el Programa de Acción de la Comunidad Sudamericana de Naciones.

- Promover la participación de la sociedad civil, a través del diálogo institucional reforzado entre los mecanismos existentes en el MERCOSUR (Foro Consultivo Económico y Social, por ejemplo) y en

²⁴ COMISION ESTRATEGICA DE REFLEXIÓN. “Un nuevo Modelo de Integración de América del Sur. Hacia la Unión Sudamericana de Naciones”. Cumbre Presidencial de Cochabamba. Diciembre 2006.

la CAN, incluyendo a Chile, Guyana y Surinam, y por medio del apoyo a iniciativas como la plataforma «Somos MERCOSUR» y congéneres andinas, en las cuales convergen los actores sociales y políticos, las organizaciones y movimientos sociales con las esferas gubernamentales.

La propuesta que comentamos incluye considerar la necesidad de la negociación de un Tratado Fundacional y constitutivo de la Comunidad Sudamericana de Naciones, que dé nueva densidad jurídica a la iniciativa y que apunte a la creación de una Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR). Los Presidentes, en el caso que así lo consideren, podrán prorrogar el mandato de la Comisión Estratégica de Reflexión para que elabore, con asesoramiento de un comité de juristas, proyecto de Tratado para consideración de los Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones.

4. Una visión institucional comparativa CAN-MERCOSUR

La construcción del nuevo proceso de integración ha de concretarse a partir de la convergencia institucional de la CAN y el MERCOSUR.

La relevancia de reflexionar sobre los marcos jurídico-institucionales radica en que la estructura institucional manifiesta las prioridades y visiones de los Estados sobre el papel que se aspira cumplir con las políticas a implementar hacia la población.

La multiplicación y creación de órganos no conduce de por sí a un más profundo grado de integración. Prueba de ello es la debilidad en la funcionalidad jurídico-institucional del MERCOSUR. Así lo sostienen los análisis críticos producidos en este sentido.

Respecto al MERCOSUR sus deficiencias giran en torno al carácter intergubernamental de su estructura orgánica, deficiencias en la representatividad, ausencia de seguridad jurídica, ausencia de instancias técnicas independientes, insuficiencia en el mecanismo de votación de los órganos, como así también en la aprobación e implementación de las normas MERCOSUR y otras relacionadas al Sistema de Solución de Controversias. Estas deficiencias²⁵ también constituyen un obstáculo para una armonización legislativa entre una CAN sobredimensionada y un MERCOSUR insuficiente, en este aspecto, y resistente a aceptar un marco jurídico-legal supranacional basado en el principio de supremacía y efecto directo y vinculante de las normas.

²⁵ Estas deficiencias también fueron señaladas por: Grandi-Bizzózero (1997 y 1998); Peña (2002); Perotti-Ventura (2004); Rozemberg-Pena (2005) e Instituto de Integración Latinoamericana, Gajate (2005 y 2006).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

A continuación presentamos un cuadro comparativo de la institucionalidad de cada bloque a fin de poder apreciar el instrumental con el que se cuenta.

Tabla N° 2. Tratados constitutivos y principales instituciones CAN - MERCOSUR

	C A N	MERCOSUR
Tratados constitutivos	Acuerdo de Cartagena 1969 Modificaciones de 1979 Protocolo de Quito 1987 Protocolo de Trujillo 1996	Tratado de Asunción 1991 Protocolo de Brasilia 1991 Protocolo de Ouro Preto 1994 Protocolo de Olivos 2002
Instituciones	Consejo Presidencial Andino –CPA- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores –CAMRE- Comisión de la Comunidad Andina Secretaría General de la CAN Consejos Consultivos: empresarial y laboral Parlamento Andino Tribunal de Justicia Convenios Sociales Corporación Andina de Fomento –CAF-	Consejo Mercado Común –CMC- Grupo Mercado Común –GMC- Comisión de Comercio –CCM- Secretaría del MERCOSUR –SAM- Foro Consultivo Económico y Social –FCE y S- Comisión Parlamentaria Conjunta/Parlamento del MERCOSUR Tribunales <i>Ad Hoc</i> Tribunal Permanente de Revisión Fondos estructurales

Fuente: Elaboración propia

En el caso de la **CAN**, la misma se dotó de un complejo cuerpo institucional. Pero ello por sí solo no define la coherencia necesaria que debe existir entre la calidad de las instituciones y la calidad de las políticas que se pretenden alcanzar con las mismas.

La CAN está conformada por los Estados soberanos y el Sistema Andino de Integración (SAI). Este último comprende y agrupa a todos los órganos e instituciones. En él las instituciones políticas son las más importantes y se encuentran en el centro del esquema institucional. Los órganos sociales de consulta se encuentran activos. El sistema se completa con un conjunto de instituciones que realizan funciones diversas. Las instituciones complementarias cumplen funciones financieras, sociales y culturales.

El esquema institucional está cohesionado y ha alcanzado un

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

desarrollo importante²⁶. Las instituciones políticas cumplen funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Las instituciones ejecutivas son de carácter intergubernamental. La institución legislativa se encuentra formando su propio cuerpo de legisladores supranacionales. La institución judicial cuenta con un cuerpo definido de magistrados con capacidades supranacionales. La secretaria General es de rango supranacional, está dotada de un secretario y un cuerpo de funcionarios -asimismo- con capacidades supranacionales. Los dos Consejos Consultivos de los sectores empresarial y laboral cuentan con capacidades intergubernamentales y son representantes de los respectivos sectores sociales. Sólo se han previsto actores empresarios y trabajadores sin incluir otros sectores sociales.

Instituciones de alta calidad sólo son un instrumento que facilita la formulación y ejecución de políticas. Las instituciones pueden contribuir a que los compromisos se mantengan en el tiempo.

Buena parte de la doctrina juzga que “los cambios en la estructura institucional de la CAN desde 1969 destacan no sólo el poco compromiso con la profundización de la integración sino que evidencian la escasa conciliación de intereses entre las élites nacionales de cada país y entre países, los temores de los países miembros y la incertidumbre ante un escenario internacional cambiante del cual no se es protagonista pero en el cual se piensa incidir positivamente”²⁷.

Respecto del **MERCOSUR** cabe puntualizar que ha logrado definirse y avanzar en su perfil institucional. Las instituciones políticas son siempre las centrales. El órgano administrativo a evolucionado hacia un perfil técnico. En cuanto a las instituciones políticas no se encuentra una institución exclusiva de los Jefes de Estado. El Consejo Mercado Común es el máximo órgano político, sus titulares son los Ministros de Relaciones Exteriores y Economía y en sus reuniones participan los Jefes de Estado. Entre otras instituciones políticas encontramos al Grupo Mercado Común, la Comisión de Comercio, el Foro de Consulta y Concertación Política, la Comisión Parlamentaria Conjunta -hoy Parlamento- y un Tribunal Permanente de Revisión. El Foro Consultivo Económico Social busca la participación de algunos sectores sociales.

²⁶ ROCHA VALENCIA, Alberto y MORALES RUCALVA, Daniel Efrén. “Enfoque teórico-metodológico para el estudio de la dimensión político-institucional de los procesos de integración regional y subregional de América Latina y el Caribe”. UNAM, julio de 2007.

²⁷ BUSTAMANTE, Ana Marlene. “Desarrollo institucional de la Comunidad Andina”, en *Aldea Mundo*, Año 8, N° 16. Noviembre de 2004.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

No obstante -y a diferencia de la CAN- las instituciones políticas no se encuentran totalmente definidas y consolidadas²⁸. Todas ellas son de naturaleza intergubernamental. Las instituciones ejecutivas reposan sobre los poderes ejecutivos nacionales, fundamentalmente los ministros y secundariamente las instituciones presidenciales. La institución legislativa depende de los parlamentos nacionales. Aun la institución “judicial” también depende de los ejecutivos nacionales.

Los actores oficiales del MERCOSUR son las élites políticas ejecutivas nacionales y parlamentarios nacionales. Los actores sociales son los empresarios y trabajadores que participan en el Foro que tiene carácter consultivo. Como se advierte aún está pendiente una mayor consolidación y un gradual avance hacia modos más participativos y democráticos. Este status ha sido calificado como de “evolución intermedia y sistémica”²⁹ lo que implica que el esquema institucional es creciente y dinámico. Las instituciones políticas de decisión-ejecución son centrales y predominan, pero les hace falta evolucionar. Las instituciones económico-comerciales están muy presentes; mientras que la institución administrativa cuenta con una presencia menor de apoyo. Otras instituciones como la legislativa y la social se encuentran en situación germinal. La institución judicial ha cobrado mayor importancia adquiriendo mayores facultades.

De los análisis críticos presentados se puede concluir que ambas estructuras son perfectibles. La nueva construcción deberá tener en cuenta estos aspectos para no duplicar errores y no llevarlos a una escala mayor.

5. Elementos para la convergencia y articulación jurídico-institucional

Las evidentes disparidades de los países y regiones a integrar afectan directamente el avance hacia la UNASUL. Las asimetrías estructurales, se originan en factores tales como el tamaño económico, el acceso a la infraestructura regional, la calidad de las instituciones y el nivel de desarrollo. Estas asimetrías condicionan la capacidad de las economías de beneficiarse de una mayor integración³⁰.

²⁸ ROCHA VALENCIA, Alberto y MORALES RUCALVA, Daniel Efrén; op. cit.

²⁹ Idem.

³⁰ INTAL. Reseña mensual de actividades del INTAL. Seminario de Montevideo. Marzo 2004.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Las disparidades políticas, se hacen sentir en la necesidad de garantizar un equilibrio dinámico que clarifique costos y beneficios como también contribuya a generar beneficios sostenidos en el tiempo.

Por todo lo dicho, el universo a converger plantea múltiples desafíos desde las asimetrías existentes³¹ y particularmente en razón de la modalidad escogida para el avance del proceso. De allí la necesidad de definir una metodología clara, concreta y pautada para la convergencia, sin la cual este nuevo proceso de integración no abandonará el *status* de sus declaraciones voluntaristas.

Destacamos como un aspecto central el que la UNASUL avance hacia un sistema institucional propio que sostenga al proceso de integración regional. Concretamente aludimos a la instauración de preceptos legales que faciliten la convergencia en los campos a integrar definiendo adecuadamente las reglas sobre las que recaerá el esfuerzo integrador.

En el ámbito de la convergencia y articulación normativa la “supranacionalidad” adquiere uno de los vértices más críticos. Obliga a someter a discusión la problemática de la incorporación o no incorporación de los objetivos, principios y modalidades del proceso emprendido en el marco legal de cada uno de los países, incluso al nivel de los textos constitucionales. El SELA -Sistema Económico Latinoamericano³²- señala al menos tres puntos centrales a debatir:

- El reconocimiento o no de la supranacionalidad de los organismos comunitarios y, por tanto, la existencia o no de disposiciones que expresamente autoricen a los gobiernos la delegación de poderes en dichos organismos.

- La posibilidad de aplicación directa, inmediata y obligatoria, en sus respectivas jurisdicciones, de las normas emanadas de los organismos comunitarios, sin que dicha aplicación tenga que ser previamente mediada -y, por tanto, aceptada o rechazada- por el poder legislativo y/o ejecutivo del correspondiente estado miembro.

- El orden de jerarquía entre las normas comunitarias y la legislación interna.

³¹ SECRETARÍA DEL MERCOSUR. Sector Asesoría Técnica. “Las Asimetrías y las Políticas de Convergencia Estructural de la Integración Sudamericana”. Trabajo presentado en el Foro de Reflexión “Un nuevo tratamiento de las asimetrías en la Integración latinoamericana”. La Paz. 21/10/05.

³² SELA -Sistema Económico latinoamericano- “Arquitectura Institucional para la Articulación y la Convergencia de la Integración en América Latina y el Caribe”. Reunión Regional sobre la “Institucionalidad de la Integración en América Latina y el Caribe”. Caracas Venezuela. 3 y 4 de julio de 2007. SP/RR-IIALC/DT N°1-07.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Los textos constitucionales de los países miembros de la CAN y el MERCOSUR plantean importantes diferencias. En el caso de la CAN las constituciones de los cuatro países autorizan la delegación de los poderes hacia organismos supranacionales, así como la aplicación directa y obligatoria de las normas comunitarias, lo que se corresponde con su nivel de supranacionalidad presente en su esquema de integración y en particular con el funcionamiento de la Comisión y el Tribunal Andino de Justicia.

El caso del MERCOSUR es distinto, las constituciones del Brasil y Uruguay no tienen disposiciones que autoricen las delegaciones de poder hacia órganos del sistema. Argentina y Paraguay si las poseen -art. 75 de la Constitución Argentina y art. 146 de la del Paraguay-. Este *status* no ha generado mayores problemas dentro de su definición intergubernamental.

La diferencia descrita se produce de modo más amplio en la UNASUL y constituye una nueva problemática pues plantea diferentes grados de aplicabilidad de las normas del conjunto integrado.

La búsqueda de convergencia y articulación en el ámbito normativo plantea según parte de la doctrina³³, la necesidad de revisión horizontal y vertical de las normativas constitutivas a fin de articular los perfiles de asignación de funciones a los órganos de conducción y frente a la toma de decisiones de primer nivel (presidentes y ministros), la capacidad de respuesta a demandas y necesidades del proceso de integración en cabeza de los órganos técnicos, el papel de los órganos parlamentarios y la capacidad de respuesta de los órganos jurisdiccionales.

En otro orden, y en razón de las evaluaciones acerca del desarrollo institucional tanto de la CAN como del MERCOSUR, hemos de afirmar que existe un importante número de instituciones y funcionarios, no obstante lo cual si bien es evidente que existen logros obtenidos por cada uno de los esquemas subregionales el desarrollo institucional sigue adoleciendo de insuficiencias que deberían ser superadas abriendo paso a formas cualitativamente distintas de funcionamiento.

La progresiva transición hacia órganos comunitarios no debería ser el resultado de la sumatoria de estructuras institucionales ya existentes y menos aún, resolverse con el agregado de nuevas instituciones creadas ad hoc. Este pasaje es un complejo proceso que requiere una voluntad política sostenida y un firme convencimiento en razón de su necesidad.

³³ SELA –Sistema Económico latinoamericano- “Arquitectura Institucional...”.
Op.cit.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Si bien consideramos una prioridad de la UNASUL el definir pautas concretas de convergencia hacia una institucionalidad coherente entendemos que no son menos importantes otras áreas de convergencia como la política y la comercial. Se impone la realización de un doble esfuerzo simultáneo: la construcción y reestructuración de los organismos de los sistemas de integración CAN MERCOSUR y por otra parte el avance en las metas propuestas para el nuevo relacionamiento creado.

El fortalecimiento de las estructuras parlamentarias podría contribuir a una mayor participación, sanear el déficit democrático y responder a las demandas de la sociedad que requiere mayor protagonismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALADI/MERCOSUR/CAN/16/2006. (2006). *Convergencia comercial de países de América del Sur hacia la Comunidad Sudamericana de Naciones*. Septiembre.
- BARROS CHARLIN, Raymundo. (1981) "Algunas consideraciones sobre la 'convergencia' de las acciones parciales en el marco de la ALADI", en *Integración Latinoamericana*. N° 55. Año 6. Página 56.
- BUSTAMANTE, Ana Marlene. (2004). "*Desarrollo institucional de la Comunidad Andina*", en "*Aldea Mundo*", Año 8, N° 16. Noviembre.
- CIENFUEGOS MATEO Manuel. (2005). "Las relaciones entre la Comunidad Andina de Naciones y el Mercado Común del Sur. ¿Una asociación (in) viable?" en *Europa retos e incógnitas*. Relaciones Internacionales. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. Vitoria Gasteiz.
- ESTAY REYNO JAIME y otros. -Coordinadores- (2005). *La integración y sus instituciones en América Latina y el Caribe*. SELA, en <http://www.sela.org>.
- FESCINA Andrés. (2006) 4 de julio de 2006. "MERCOSUR: posible y necesario". *Diario La Nación*. Buenos Aires Argentina. Página 17.
- GAJATE Rita M. (2007). "Convergencia CAN-MERCOSUR: ¿Clave para el futuro de la Comunidad Sudamericana de Naciones?", en *Anales*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Año 4, N° 37. Marzo.
- GAJATE Rita M. (2006). *Una estructura jurídico-institucional para la integración solidaria*. En "Tercer Seminario: Desarrollo Local y Economía Social desde la perspectiva de la integración regional". Ministerio de Desarrollo Social de la RA, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la RA y Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la RA.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

- GAJATE Rita M. (2004) “Déficit en la funcionalidad jurídico- institucional del MERCOSUR: ¿Condicionantes para la participación de los actores”. En *Anales del Segundo Congreso Nacional de Sociología y VI Jornadas de Sociología de la UBA*. “¿Para qué la Sociología en la Argentina actual?” Octubre.
- GAJATE Rita M. 2004. “El MERCOSUR y su funcionalidad jurídico - institucional”. En *Anales del Primer Congreso Internacional del MERCOSUR: Del MERCOSUR a la Patria Grande*. Ed. Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires -CIJUSO-. Abril. Tomo II.
- GOERLICH Francisco. (1998) *Desigualdad, Diversidad y Convergencia*. Departamento de Análisis Económico de la Universidad de Valencia. Editado por el Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas. España.
- GRANDI, Jorge y BIZZOZERO, Lincoln. (1998). “Déficit democrático y social en los procesos de Integración”, en *Integración & Comercio*, N°6. Buenos Aires, BID-INTAL, septiembre-diciembre.
- HEILBRONER, Robert. (1962) *La formación de la sociedad económica*. Fondo de Cultura Económica. México.
- MAGARIÑOS DE MORENTÍN Juan. (2000) *Manual Operativo para la elaboración de “Definiciones contextuales” y “Redes contrastantes”*. Curso de Semiótica on Line. Universidad Nacional de La Plata. La Plata. Argentina.
- MARTÍNEZ ARGÜELLES Santiago y RUBIERA MOROLLÓN Fernando. (1998) *Patrones de Convergencia Regional de los Servicios de la Economía Española*. Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Oviedo. Edita Universidad de Alcalá de Henares. España. Madrid. Documento de Trabajo 1/ 99.
- MELLADO, Noemí B. -Coordinadora-, GAJATE, Rita M., SCHAPOSNIK, Rosa y PIANA, Sebastián. 2007. *MERCOSUR – ALCA. Articulación virtuosa o contradictoria de su agenda externa*. Editorial Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Marzo.
- MELLADO, Noemí B. -Coordinadora-, GAJATE, Rita M., OLIVERA, Noemí L, SCHAPOSNIK, Rosa. 2006. *Los actores empresariales argentinos frente al MERCOSUR*, Editorial Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Abril.
- MELLADO Noemí - GAJATE Rita (1998) “La inclusión de las regiones en el MERCOSUR”, en *Aportes para la Integración Latinoamericana* Año 4. N° 4. Página 91 y ss.
- MOLINA FERNANDEZ Manuel y PUERTO GARCÍA Inés María. (2005) *Probabilidad y Estadística*. Universidad de Valencia. España.
- MOLPECERES ABELLA María Mercedes. (2000) *¿Las visiones de la convergencia / divergencia son únicas? El caso de las regiones europeas*. Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Valladolid. España.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

- PALLEIRO María Inés (compiladora). (2004). *Arte, comunicación y tradición. "El fenómeno comunicativo"*. Colección Narrativa, identidad y memoria N° 2. Ed. Dunken. Buenos Aires. Argentina.
- PEROTTI Alejandro y VENTURA Deisy (2004). *Primer Informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales y sobre la Aplicación del Derecho Nacional a través de los Mecanismos de Cooperación Jurisdiccional Internacional del MERCOSUR*. En Secretaría del MERCOSUR, Sector de Asesoría Técnica-Consultoría Jurídica, Estudio 3/04, actualizado al 18 de julio, Montevideo.
- PEÑA Félix. (2002) *Reflexiones sobre el MERCOSUR y su futuro*, en www.net.americas.net/Reserchpapers/documents/Peña/peñaP1.asp. Buenos Aires, noviembre.
- PONCE Facundo. (2004). *11 de septiembre de 2001. La legitimación discursiva de la transnacionalización del poder*. Colección Tesis de Maestría en relaciones Internacionales. Maestría en relaciones Internacionales. Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba. Argentina.
- ROCHA VALENCIA, Alberto y MORALES RUCALVA, Daniel Efrén. (2007). *Enfoque teórico-metodológico para el estudio de la dimensión político-institucional de los procesos de integración regional y subregional de América Latina y el Caribe*. UNAM, julio.
- ROZEMBERG Ricardo y PENA Celina (2005). "MERCOSUR: ¿Una experiencia de desarrollo institucional sustentable?" en *Revista de Comercio Exterior e Integración*, N°2, Centro de Economía Internacional (CEI). Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Buenos Aires. Marzo de 2005.
- RÚA BOIERO Rodolfo. (2006). "Avatares regionales I". *Periódico Económico Tributario*. La Ley, Buenos Aires. Argentina.
- SALAZAR SANTOS Felipe. (1981) Enero/febrero. "El problema de la convergencia de las acciones parciales en el marco de la integración latinoamericana", en *Integración Latinoamericana*. N° 54. Año 6. Página 56. SELA – Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe-. (2003) Abril.
- Secretaría Permanente. *Una institucionalidad para la convergencia de la integración: Bases para un Programa Regional*. No. 43. Caracas. Venezuela.
- SELA -Sistema Económico latinoamericano y del Caribe- (2007) *Arquitectura Institucional para la Articulación y la Convergencia de la Integración en América Latina y el Caribe*. Reunión Regional sobre la "Institucionalidad de la Integración en América Latina y el Caribe". Caracas Venezuela. 3 y 4 de julio de 2007. SP/RR-IIALC/DT N°1-07.
- SECRETARÍA DEL MERCOSUR. Sector Asesoría Técnica. (2005). 21/10/05. *Las Asimetrías y las Políticas de Convergencia Estructural de la Inte-*

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

- gración Sudamericana*. Trabajo presentado en el Foro de Reflexión “Un nuevo tratamiento de las asimetrías en la Integración latinoamericana”. La Paz. SM/SAT/CE EST 004/04. (2004) Noviembre. *Estudio sobre las Asimetrías y Políticas de Convergencia Estructural en el MERCOSUR*. Noviembre 2004. SM/SAT/CE EST 002/05. (2005) Julio. *Asimetrías y disparidades de la integración económica de una Unión Aduanera sur-sur*.
- VISKIVICHÁN Isabel y DE FILIPPIS Irma. (2004) “La Observación Documental”, en MENDICOA Gloria (coord.) *Manual Teórico Práctico de Investigación Social*. Argentina.
- WAGNER Allan. (2005) Artículo publicado en *Palestra*, Portal de Asuntos Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú.

BLANCA

TERCERA PARTE

**PERSPECTIVAS DE LA INTEGRACIÓN DE LA
UNIÓN EUROPEA Y DEL MERCOSUR**

BLANCA

CAPÍTULO I

INCORPORACIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA AL MERCOSUR Y SU IMPACTO SUBREGIONAL

*(VENEZUELA'S INCORPORATION AT MERCOSUR
AND ITS SUB-REGIONAL IMPACT)*

Noemí B. Mellado

RESUMEN:

Este trabajo analiza la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR a partir de su significación jurídica, económica y político-estratégica para el bloque subregional.

PALABRAS-CLAVE:

MERCOSUR – Venezuela - Incorporación.

ABSTRACT:

This paper analyzes Venezuela's incorporation at MERCOSUR based on its legal, economical and political-strategic significance for the sub-regional block.

KEY WORDS:

MERCOSUR - Venezuela - Incorporation.

SUMARIO: *Introducción. 1. La marcha hacia el Protocolo de Adhesión. 2. El proceso de adhesión. 3. Significación económica. 4. La crisis energética subregional. 5. Significación política y comienzo de la contramarcha. 6. Conclusiones.*

Introducción

Desde el año 2000 la República Bolivariana de Venezuela¹ optó por el sur y se encaminó a lograr, al margen de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), su incorporación al Mercado Común del Sur (MERCOSUR) acompañando a Brasil en su oposición al Área de Libre Comercio Americana (ALCA) y en la creación de una plataforma de poder de negociación sudamericana a través de la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), hoy rebautizada como Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). Todo ello se articula con su estrategia política de consolidación de un mundo multipolar y de contención al avance de Estados Unidos en la región.

Precisamente, la incorporación de Venezuela al MERCOSUR no sólo anexaría la dimensión energética con probabilidades de generar un proceso sectorial de integración, sino que podría dinamizar al bloque subregional en un camino de reforzamiento interno orientado a mejorar las condiciones de un desarrollo sustentable y de equilibrio de poder entre sus miembros. Sin embargo, la cuestión energética aparece como un factor generador de nuevas relaciones pero también de conflictos.

De allí que en este trabajo se analiza la significación jurídica, económica y político-estratégica que reviste tal ingreso para el bloque subregional.

1. La marcha hacia el Protocolo de Adhesión

El año 2005 estuvo marcado por las conversaciones entre los presidentes del MERCOSUR para integrar a Venezuela como miembro pleno. Luego de la Cumbre del ALCA en Mar del Plata y derivada de la adopción de una posición común, la idea se reforzó. Como consecuencia, en la XXIX Cumbre de Presidentes del MERCOSUR que se realiza en Montevideo, los presidentes Néstor Kirchner, Luiz Lula da Silva, Nicanor Duarte y Tabaré Vázquez, como miembros fundadores, suscribieron el 9 de diciembre de 2005 el Acuerdo Marco para la adhesión de la República Bolivariana de Venezuela². También se resolvió constituir en el mes de mayo una comisión Ad Hoc para estudiar los procedimientos de adhesión.

¹ En adelante se utilizará Venezuela, salvo que se consigne en los documentos oficiales como República Bolivariana de Venezuela.

² MERCOSUR, Portal Oficial. [http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es /index.htm](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm)

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En la práctica su incorporación demandará un largo proceso mientras cumpla con los aspectos legales y administrativos de su adhesión al Tratado de Asunción; la aceptación de los protocolos de Ouro Preto y de Olivos, que dieran origen a la creación de la estructura jurídico-institucional y a los mecanismos de solución de controversias; la modificación de alrededor de 1600 normas internas y adopción del arancel externo común.

Tal a lo programado, en mayo las delegaciones técnicas de los estados parte y del adherente discutieron el cronograma de liberalización progresiva de los aranceles entre los miembros y sobre la convergencia con el arancel externo común.

Los técnicos mercosureños pretendían, en esa instancia, que el proceso fuese más rápido que lo que ofrecía el país andino, no obstante acordaron el texto del protocolo de adhesión. Así, se estableció que dentro de cuatro años debía adoptar el arancel externo común, la nomenclatura y el acervo normativo del bloque y, en seis años liberalizaría el comercio, en lugar de hacerlo en 2018 como estaba previsto para su condición de asociado.

Los cancilleres firmaron el 16 de junio de 2006, en Buenos Aires, el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al bloque³, el que quedó formalizado el 4 de julio con la aprobación de los presidentes en una cumbre extraordinaria del MERCOSUR realizada en Caracas. Previamente y como consecuencia de las divergencias existentes entre los miembros de la CAN en cuanto al modelo de integración y a las prioridades en el relacionamiento externo, llevaron al gobierno venezolano a denunciar formalmente el Acuerdo de Cartagena con fecha 22 de abril de 2006⁴.

2. El proceso de adhesión

Para que Venezuela adquiera la calidad de miembro pleno tiene que cumplir con una serie de requisitos, por lo que se encuentra en proceso de adhesión, como lo demuestran las siguientes consideraciones.

El Protocolo de Caracas del 4 de julio 2006 debe ser aprobado por parte de los Parlamentos de los países signatarios del Tratado de Asunción y, tanto Brasil como Paraguay aún no lo han ratificado.

Debe adoptar el acervo normativo vigente del MERCOSUR. Para

³ Ídem.

⁴ El presidente Chávez sostuvo que su país se retiró del bloque «*porque no le sirve a los pobres, a los indígenas, sino a las élites*», en *El MERCOSUR en crisis (I). Si no lo curan se muere*. Por Víctor Ego Ducrot. APM - Agencia Periodística del MERCOSUR- www.prensamercosur.com.ar, 20/4/2006.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ello se estableció un plazo de cuatro años⁵, conforme a un cronograma que un Grupo de Trabajo debía aprobar en un máximo de 180 días sin definirse el término para la adopción de las distintas disposiciones del MERCOSUR. Después de cumplido el mismo, el mencionado Grupo suscribió un “Informe Final” en el que se estableció que las fases serían definidas dentro de un plazo adicional de ciento ochenta días sin identificar la instancia o el ámbito para dicha negociación⁶. Si bien el informe incluye un cronograma, el mismo no es completo.

También es necesario que se incorpore a la unión aduanera, esto es, el programa de liberación comercial y el arancel externo común⁷. Respecto a este último, el Grupo de Trabajo debía establecer los respectivos cronogramas pero venció el plazo y quedaron pendientes, con sus posibles excepciones. Sólo se estableció un cronograma para un 23% de las líneas arancelarias y para el resto entrará a regir a partir “del cuarto año de vigencia del Protocolo”, pudiendo interpretarse como una modificación del Protocolo⁸.

Conforme a Halperín, *el Informe dio cuenta del compromiso de Venezuela, que se obligó a presentar, el 2 de septiembre de 2007, las listas de productos a ser alineados dentro de cada una de las canastas preestablecidas de manera genérica (alineamiento al AEC desde los sesenta días, a partir del segundo año y a partir del cuarto año)*. Sin embargo, afirma Halperín, no ha sido fuente de preocupación las consecuencias que derivarían de esta situación “si una porción sustancial de la materia negociada entre Venezuela y los demás Estados Partes fuera finalmente ubicada por aquel país dentro de la ca-

⁵ Artículo 3. *La República Bolivariana de Venezuela adoptará el acervo normativo vigente del MERCOSUR, en forma gradual, a más tardar cuatro años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente instrumento. A estos efectos, el Grupo de Trabajo creado en el Artículo 11 de este Protocolo, establecerá el cronograma de adopción de dicha normativa.*

⁶ HALPERIN Marcelo, *AMÉRICA LATINA Y UN SÍNDROME REGRESIVO. El trámite de la adhesión de Venezuela al MERCOSUR*”, Número 85, 10 de mayo de 2007, de los Anticipos del Nomenclador Arancelario Aduanero de la GUÍA PRÁCTICA de Comercio Exterior. Buenos Aires, Argentina.

⁷ Artículo 4. *A más tardar cuatro años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente instrumento, la República Bolivariana de Venezuela adoptará la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM) y el Arancel Externo Común (AEC). A estos efectos, el Grupo de Trabajo creado en el Artículo 11 de este Protocolo establecerá el cronograma de adopción del AEC contemplando las eventuales excepciones al mismo de acuerdo con las normas pertinentes del MERCOSUR.*

⁸ Diario La Nación, *El MERCOSUR y Venezuela*, Félix Peña, 29 de julio de 2007.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

nasta de productos cuya sujeción al AEC se demorase más de cuatro años”. A partir del ingreso efectivo al MERCOSUR, Venezuela podría vetar, conforme al art. 10⁹, toda pretensión de los otros Estados Partes tendiente a “aumentar las alícuotas del AEC o bien para introducir requisitos específicos de origen en defensa de la producción regional, aunque no hubiese asumido obligaciones relativas al AEC sobre esa misma materia negociada”¹⁰. Por tanto, si existieran algunas diferencias dentro de Venezuela y entre los países miembros respecto del proceso de su incorporación plena a la unión aduanera, ello podría suponer modificar el Protocolo de Caracas.

Por último, en cuanto al programa de liberación comercial¹¹, “el Informe indicó que tanto los cronogramas correspondientes a Argentina y Venezuela y viceversa, como los de Brasil y Venezuela y viceversa, habrían de ser establecidos en un plazo no mayor de ciento ochenta días”, sin establecer nuevamente la instancia de negociación que iba a tratar el intercambio de productos en dichos cronogramas.

Ante estas cuestiones irresueltas, el 22 de mayo el Consejo del MERCOSUR acordó crear un nuevo grupo de trabajo Ad Hoc para completar las tareas pendientes del Grupo de Trabajo del art. 11 del Protocolo de Adhesión en un plazo de 180 días, aunque puede ser prorrogable por el propio Consejo.

3. Significación económica

La adhesión de Venezuela al MERCOSUR adquiere significación

⁹ Artículo 10. “A partir de la fecha de la entrada en vigencia del presente Protocolo, la República Bolivariana de Venezuela adquirirá la condición de Estado Parte y participará con todos los derechos y obligaciones en el MERCOSUR de conformidad con el artículo 2 del Tratado de Asunción y los términos del presente Protocolo”.

¹⁰ HALPERIN Marcelo, Op. Cit.

¹¹ Artículo 5. “Las Partes se comprometen a alcanzar el libre comercio en los siguientes plazos máximos:

- Argentina a Venezuela: 1 de enero de 2010 *
- Brasil a Venezuela: 1 de enero de 2010 *
- Paraguay a Venezuela: 1 de enero de 2013 *
- Uruguay a Venezuela: 1 de enero de 2013 *
- Venezuela a Argentina: 1 de enero de 2012 *
- Venezuela a Brasil: 1 de enero de 2012 *
- Venezuela a Paraguay: 1 de enero de 2012 **
- Venezuela a Uruguay: 1 de enero de 2012 **”

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

económica, no sólo por su PBI cercano a los US\$ 133.000 millones y una tasa de crecimiento anual de un 9%, sino que en recursos petrolíferos tiene reservas de 79.7 mil millones de barriles¹², representativas del 7% del total mundial, convirtiéndola en el principal productor de hidrocarburos de América del Sur. Ocupa el octavo lugar como productor mundial de petróleo -3 millones de barriles por día- y uno de los mayores exportadores mundiales; sin embargo, el 60% de las exportaciones venezolanas de petróleo se concentran en Estados Unidos. En gas tiene reservas de 4.32 billones de m³, las más importantes de América del Sur, mientras que en la explotación únicamente alcanza al 28.9 miles de millones de m³, siendo superada en primer lugar por Argentina, seguida por México y Trinidad Tobago. Estos datos revelan que es el principal eje energético de Sudamérica.

En este sentido, desde ese país se proyectan dos líneas de acción. Una impulsa la iniciativa de Petroamérica¹³, definida por Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) como “una propuesta de integración energética de los pueblos del continente”, enmarcada en la Alternativa Bolivariana para la América (ALBA) y concebida como un “*habilitador geopolítico*” orientado hacia el establecimiento de mecanismos de cooperación e integración, utilizando los recursos energéticos de las regiones del Caribe, Centroamérica y Suramérica. Aquí confluyen las iniciativas de: Petrosur¹⁴, dirigida a establecer mecanismos de cooperación e integración a través de una alianza estratégica entre las compañías petroleras estatales de Brasil (Petróleos Brasileiros S.A. -PETROBRÁS-), Argentina (Energía Argentina S.A. -ENARSA-), Uruguay (Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland -ANCAP-) y Venezuela (PDVSA); Petroandina, tendiente a impulsar “*la interconexión eléctrica y gasífera, la provisión mutua de recursos energéticos y la inversión conjunta en proyectos*” de los países de la CAN; y Petrocaribe, dirigida a los países de la

¹² La fuente de los datos estadísticos es: “BP, *Statistical Review of World Energy*”, Londres, British Petroleum, 2006.

¹³ SELA, *Arquitectura Institucional para la Articulación y la Convergencia de la Integración en América Latina y el Caribe*, SP/RR-IIALC/DT N° 1-07, junio de 2007. Impreso en la Secretaría Permanente del SELA, Caracas, Venezuela, pág. 70.

¹⁴ En el año 2005 Argentina, Brasil y Venezuela firmaron el documento de creación de “Petrosur”, un organismo de coordinación de las inversiones de las petroleras estatales de los tres países y cuyos objetivos son asegurar la coordinación y articulación de políticas de energía incluyendo petróleo y gas natural, combustibles no renovables, electricidad, uso eficiente de la energía y cooperación tecnológica.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

región caribeña¹⁵. Otra línea de acción es la creación del Gasoducto del Sur guiado a abastecer a los países del MERCOSUR.

El liderazgo que va adquiriendo Venezuela en materia energética en el espacio sudamericano se ve corroborado por los más variados acuerdos que va logrando.

En el ámbito del MERCOSUR ellos son producto de condicionantes externas derivadas del incremento del precio del petróleo en el mercado internacional que lleva a los países consumidores a buscar un trato preferencial; a ello se agrega el interés demostrado por los productores y consumidores en los proyectos de gasoductos, pero también hay factores internos que inciden y se relacionan con los problemas domésticos de índole energética que afronta cada país.

En efecto, el panorama argentino no es muy alentador ya que tiene una matriz energética primaria que muestra una fuerte dependencia de los combustibles fósiles. Ella está configurada en un 45% por gas natural, un 43% de petróleo y le siguen en orden de importancia un 4% de hidráulica y el 3% de nuclear. Las reservas son acotadas en el tiempo de 12 años para el gas y 9 años en petróleo.

Argentina tiene reservas de petróleo de 2.3 mil millones de barriles las que son superadas por Brasil con 11.8 mil millones de barriles¹⁶. Brasil produce 1,718 millones de barriles diarios y Argentina 725 mil barriles diarios¹⁷. En cambio, en reservas de gas natural Argentina tiene 0.42 trillones de m³, Brasil, 0.35 trillones de m³. Ambas son superadas por Bolivia con 0,74 trillones de m³ y Venezuela con 4.32 trillones de m³¹⁸.

Brasil muestra una gran dependencia de Bolivia. Casi el 50% del gas que consume diariamente es boliviano y un 80 % del área industrial de San Pablo es abastecida por esta fuente.

¹⁵ SELA, Ídem.

¹⁶ Sin embargo, con el descubrimiento de reservas de crudo en el yacimiento Tupi elevará en un 50% la cantidad de crudo existente en las cuencas brasileñas colocándola entre los principales países con grandes reservas de petróleo. Se estima que la cuenca contiene entre 5000 y 8000 millones de barriles cuyo 85% es crudo liviano libre de azufre. Con una explotación de 1,5 millones de barriles al día representa el 80% de explotación petrolera brasileña. En: *El petróleo ¿Una revolución en Brasil?*, Diario El Día, 18 de noviembre de 2007, pág.2, 1ra. Sección, La Plata, Argentina.

¹⁷ La fuente de los datos estadísticos es: *BP, Statistical Review of World Energy full report 2007*, Londres, British Petroleum, 2007.

¹⁸ Ibidem.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En este marco, en ocasión de la XXVIII Cumbre Presidencial¹⁹ se acordó profundizar la integración energética por medio de los proyectos del “Gasoducto Sudamericano” y del “Anillo Energético” con el fin de crear una red que garantice independencia gasífera y de energía eléctrica en Sudamérica. Cabe preguntarse si estas acciones constituyen el eje de un proceso de integración sectorial virtuoso.

Respecto al Anillo Energético Sudamericano, es un proyecto lanzado desde la Iniciativa de Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA-, aunque la idea se origina en Lima -13 de junio de 2005- a propuesta de Perú, Argentina, Brasil, Uruguay y Chile con el propósito de conectar las reservas de gas peruanas de los yacimientos de Camisea con Chile, para luego empalmar con las tuberías existentes que llegan a la Argentina, Brasil y Uruguay.

Siguiendo el camino de la mentada integración energética se suscribe el Acuerdo²⁰ Marco sobre Complementación Energética Regional entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados -República de Chile, República de Colombia, República de Ecuador y República Bolivariana de Venezuela-, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), cuyo objeto es *contribuir a avanzar en la integración energética regional en materia de los sistemas de producción, transporte, distribución y comercialización de energéticos en los Estados Partes, con el fin de asegurar los suministros energéticos y establecer las condiciones para minimizar los costos de las transacciones de intercambio energético entre dichos Estados, asegurando una valorización justa y razonable de dichos recursos, fortaleciendo los procesos de desarrollo de manera sustentable, respetando los compromisos internacionales vigentes, así como los marcos regulatorios vigentes en cada Estado Parte* (Art. 1). Por el Artículo 6 llama a establecer la integración energética entre las partes por medio de “*acuerdos regionales, subregionales o bilaterales*”, orientados a ampliar el intercambio comercial de hidrocarburos; la interconexión de las redes de transmisión eléctrica, de gasoducto y otros productos hidrocarbúricos; la cooperación “*en la prospección, exploración, explotación e industrialización de los hidrocarburo*” y para incrementar las reservas y evitar los eventuales problemas medioambientales, llevan a buscar fuentes de energía renovables y energías alternativas.

¹⁹ Declaración de Asunción del 20 de junio de 2005, MERCOSUR, Portal Oficial. Documentos oficiales. <http://www.MERCOSUR.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm>

²⁰ El día 9 de diciembre de 2005.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En esa ocasión y en el marco de la XXIX Cumbre de Presidentes del MERCOSUR, la Argentina, Brasil y Venezuela suscribieron un acuerdo de prefactibilidad técnica y económica y crearon el Comité Multilateral de Trabajo para la construcción del Gasoducto del Sur²¹. También invitaron a otros países del continente a sumarse a la iniciativa en el marco de la empresa petrolera conjunta Petrosur.

La propuesta del presidente Hugo Chávez de unir Puerto Ordaz con el Río de la Plata atravesando el Amazonas brasileño, en principio es vista con interés por la Argentina²² y Brasil. Independientemente de los aspectos técnicos en cuanto a su extensión²³, como pasaría por territorio selvático podría tener impactos ecológicos y quizá provocar daño ambiental. Si bien Venezuela tiene las reservas de gas más importantes de América del Sur y por ello ocupa el octavo lugar en el mundo, no tiene infraestructura para explotarlas. La construcción del “Gasoducto del Sur” implicaría entonces desarrollar la exploración del fluido también en los mismos yacimientos.

Pável Alemán²⁴ considera que este proyecto puede ser obstaculizado por la reactivación del anillo energético. En este sentido, considera que Bolivia es el único país que puede liderarlo porque Argentina, aunque posee mayores reservas de gas que Brasil y Perú, tiene un alto consumo, en cambio las reservas bolivianas, no obstante de ser menores a las venezolanas, no se encuentran afectadas por compromisos. El 90% de las reservas venezolanas están asociadas a la extracción de petróleo y comprometidas por contratos ya firmados.

También se suma a lo anterior el hecho de que Venezuela tiene

²¹ En la XXIX Cumbre del MERCOSUR, Argentina, Venezuela y Brasil firmaron la «Declaración de Montevideo» por la que se prevé lanzar una obra para la creación de un gasoducto que puede llegar a tener entre 8.000 y 10.000 kilómetros, y cuyo costo puede elevarse a más de 10.000 millones de dólares, en: Diario El Clarín, “Acuerdan el gasoducto desde Venezuela a Brasil y Argentina”, 10/12/05, Buenos Aires, Argentina.

²² Ya en Puerto Ordaz, el 21 de noviembre de 2005, el presidente argentino y su par venezolano habían suscripto un Memorándum de Entendimiento a fin de adelantar la construcción de un gasoducto entre Venezuela y la Argentina, pasando por Brasil y Uruguay.

²³ La idea del presidente Chávez es la más ambiciosa del mundo en términos de transporte de gas ya que debe atravesar más de 10.000 Km. mientras que el proyecto de unir Kovikta, Rusia, con China y Corea del Sur sólo alcanza unos 5000 Km. como máximo.

²⁴ ALEMÁN Pável, “Integración energética y geopolítica en América del Sur”, en *Cuadernos de Nuestra América*, N° 37-38, Vol. XIX, enero-diciembre 2006, La Habana, Cuba.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

una cuota de explotación petrolera fijada por la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), en consecuencia el megagasoducto sólo sería viable si descubriera nuevos yacimientos no asociados a la explotación de petróleo²⁵.

La propuesta del Gasoducto del Sur causó malestar entre los países del MERCOSUR. Paraguay y Uruguay se consideraron excluidos y no tenidos en cuenta por parte de los países mayores de la región a la hora de tomar decisiones trascendentes para el futuro subregional, sin embargo participan en el proyecto del anillo energético.

4. La crisis energética subregional

Como sostiene Elsa Cardozo²⁶, la crisis energética del Cono Sur y el impacto de los altos precios de los hidrocarburos, sumados a la bonanza fiscal y la orientación internacional del gobierno venezolano, han provocado que la necesidad y la competencia por los recursos hayan convertido a la energía en un factor de articulación regional pero al mismo tiempo un potencial conflictivo.

En este contexto y, en medio de una fuerte preocupación por el futuro de la producción y provisión de gas y combustibles en la región, adicionando el hecho de la decisión del presidente Evo Morales de nacionalizar los hidrocarburos en su país, los presidentes de Argentina, Brasil, Bolivia y Venezuela realizaron en mayo de 2006 una cumbre de emergencia en Puerto Iguazú, Misiones. En dicha cumbre Evo Morales aceptó formar parte del proyecto del gasoducto y se comprometió a evitar eventuales problemas en la provisión de gas boliviano a Brasil y a la Argentina, como así también a negociar los futuros precios “*en un marco racional y equitativo*”²⁷.

Bolivia, si bien se inclina hacia el Cono Sur, al nacionalizar el gas afectó a Brasil y en menor medida el mercado interno argentino, provocando desavenencias con estos países²⁸. En este contexto de crisis, Argentina²⁹ priorizó su consumo interno y con ello quebrantó el suministro de gas a Chile generando una situación conflictiva.

²⁵ HONTY Gerardo, “Energía en Sudamérica: una interconexión que no integra”, en *Nueva Sociedad* 1 204, *Geopolítica de la energía*, julio-agosto 2006, Buenos Aires, Argentina, pág. 127.

²⁶ CARDOZO Elsa, “La gobernabilidad democrática regional y el papel (des) integrador de la energía” en *Ídem*, pág. 146.

²⁷ Portalalba, <http://www.alternativabolivariana.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=522>

²⁸ Diario Clarín, *Evo tajante. No podemos seguir subvencionando gas a Brasil*, 20 de enero de 2007, Buenos Aires, Argentina.

²⁹ Argentina importa de Bolivia 5.000.000 de m³ por día y exporta a Chile 15.000.000 de m³ por día.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Aunque el panorama energético argentino es preocupante, Brasil es el más afectado por la decisión de Morales, no sólo por la importancia que tiene el abastecimiento boliviano en el sector industrial paulista sino porque PETROBRAS es uno de los principales inversionistas en el territorio de Bolivia. Por el decreto 28.071 de nacionalización, el estado boliviano controlará como mínimo el 51% del capital accionario de las empresas y de las dos refinerías de PETROBRAS.

La crisis energética subregional llevó a suscribir varios acuerdos de distinta naturaleza.

Así es el que se formalizó entre Bolivia y Argentina por el cual este país aumentará sus importaciones de gas, además de prever inversiones por más de US\$ 1000 millones para extraer el gas que alimentará la matriz energética argentina. Parte de esos desembolsos serán aportados por el estado argentino a través de ENARSA, que invertirá en la exploración y explotación de hidrocarburos en Bolivia, ya que la disponibilidad actual de gas en la nación andina no es suficiente para satisfacer la demanda argentina. En este cuadro de situación la construcción del gasoducto del noroeste argentino (GNEA) resulta ser fundamental para que el fluido proveniente de Bolivia llegue al norte argentino y de allí a Uruguay y Paraguay.

Como sostiene Elsa Cardozo³⁰, la crisis energética del Cono Sur y el impacto de los altos precios de los hidrocarburos, sumados a la bonanza fiscal y la orientación internacional del gobierno venezolano, han provocado que la necesidad y la competencia por los recursos hayan convertido a la energía en un factor de articulación regional pero al mismo tiempo un potencial conflictivo.

En este contexto y, en medio de una fuerte preocupación por el futuro de la producción y provisión de gas y combustibles en la región, adicionando el hecho de la decisión del presidente Evo Morales de nacionalizar los hidrocarburos en su país, los presidentes de Argentina, Brasil, Bolivia y Venezuela realizaron en mayo de 2006 una cumbre de emergencia en Puerto Iguazú, Misiones. En dicha cumbre Evo Morales aceptó formar parte del proyecto del gasoducto y se comprometió a evitar eventuales problemas en la provisión de gas boliviano a Brasil y a la Argentina, como así también a negociar los futuros precios “*en un marco racional y equitativo*”³¹.

³⁰ CARDOZO Elsa, *La gobernabilidad democrática regional y el papel (des) integrador de la energía* en: Ídem, pág. 146.

³¹ Portalalba, <http://www.alternativabolivariana.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=522>

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Bolivia, si bien se inclina hacia el Cono Sur, al nacionalizar el gas afectó a Brasil y en menor medida el mercado interno argentino, provocando desavenencias con estos países³². En este contexto de crisis, Argentina³³ priorizó su consumo interno y con ello quebrantó el suministro de gas a Chile generando una situación conflictiva.

Aunque el panorama energético argentino es preocupante, Brasil es el más afectado por la decisión de Morales, no sólo por la importancia que tiene el abastecimiento boliviano en el sector industrial paulista sino porque PETROBRAS es uno de los principales inversionistas en el territorio de Bolivia. Por el decreto 28.071 de nacionalización, el estado boliviano controlará como mínimo el 51% del capital accionario de las empresas y de las dos refinerías de PETROBRAS.

La crisis energética subregional llevó a suscribir varios acuerdos de distinta naturaleza.

Así es el que se formalizó entre Bolivia y Argentina por el cual este país aumentará sus importaciones de gas, además de prever inversiones por más de US\$ 1.000 millones para extraer el gas que alimentará la matriz energética argentina. Parte de esos desembolsos serán aportados por el estado argentino a través de ENARSA, que invertirá en la exploración y explotación de hidrocarburos en Bolivia, ya que la disponibilidad actual de gas en la nación andina no es suficiente para satisfacer la demanda argentina. En este cuadro de situación la construcción del gasoducto del noroeste argentino (GNEA) resulta ser fundamental para que el fluido proveniente de Bolivia llegue al norte argentino y de allí a Uruguay y Paraguay.

En ocasión de la XXXII Cumbre del MERCOSUR -enero de 2007-, se firmaron acuerdos para la ejecución del primer tramo del Gasoducto del Sur entre la petrolera venezolana y la brasileña -PDVSA y PETROBRAS-. La obra comenzará a ejecutarse en el 2009. El acuerdo incluirá en su próxima etapa a la Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay. Los presidentes de Brasil y Venezuela aprobaron la asignación de recursos para completar los estudios de factibilidad técnica, ambiental y económica del proyecto que podrá ser ejecutado en cuatro años, según la declaración oficial.

Se convino además que entre los meses de marzo y abril se llamará a licitación el gasoducto del Nordeste que transportará fluido

³² Diario Clarín, *Evo tajante. No podemos seguir subvencionando gas a Brasil*, 20 de enero de 2007, Buenos Aires, Argentina.

³³ Argentina importa de Bolivia 5.000.000 de m³ por día y exporta a Chile 15.000.000 de m³ por día.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

entre Yacuiba y Santa Fe, permitiendo incrementar a 20 millones de m³ diarios los actuales 7.700 m³ que se compran a Bolivia. La inversión total del proyecto está estimada en US\$ 1.600 millones y el emprendimiento “*está abierto a todo tipo de financiamiento, con capitales públicos y privados*”. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) entregará el gas en la frontera y ENARSA lo comercializará en la Argentina.

También se incorpora otro elemento que causa malestar en la región y que es la cooperación en biocombustibles entre Brasil y Estados Unidos. Si bien fue criticada por Fidel Castro la opción brasileña por los biocombustibles, ella ocupa un lugar central en Brasil que pretende reducir su dependencia del petróleo. El complejo industrial de la caña de azúcar factura unos US\$ 8.000 millones anuales y representa el 2,2% del PBI.

Brasil se ha convertido en el principal exportador de etanol del mundo. Pero no sólo está liderando esta producción sino que incorporó en su política económica el impulso al biodiesel. Además, el gobierno brasileño tiene en cuenta la perspectiva que ofrece el mercado estadounidense, ya que hay estados como Florida que no tienen plantas de biocombustibles y por ser un gran consumidor necesitará abastecerse desde el exterior.

No obstante, el presidente Hugo Chávez cree que su par norteamericano George W. Bush creó discrepancias entre Brasil y el resto del continente al impulsar el desarrollo de biocombustibles en toda la región. Para el gobierno venezolano el tema es trascendente, ya que le permite utilizar al petróleo como instrumento de presión política para sostener su influencia en una decena de países de América Central y mantener una relación de privilegio con el Cono Sur, particularmente con Argentina.

El 16 de abril de 2007 en isla Margarita, Venezuela, se realizó la I Cumbre Energética de la Comunidad Sudamericana de Naciones³⁴. En ella se pusieron de manifiesto una vez más las diferentes opciones de modelos energéticos: uno representado por el presidente brasileño y otro por el presidente Hugo Chávez, aunque este último mostró una postura conciliadora frente a la producción de etanol, derivado de la caña de azúcar y el maíz, cuyo mercado regional domina Brasil. Señaló que no está en contra de los biocombustibles, aunque advirtió “*es una estrategia válida cuidando que no afecte los alimentos*”³⁵.

³⁴ <http://www.integracionsur.com/americalatina/index.html>

³⁵ Diario La Nación, *Chávez defendió los proyectos energéticos regionales*, 17 de abril de 2007, Buenos Aires, Argentina.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

A pedido del presidente boliviano se acordó la conformación del Consejo Energético que analizará la propuesta de Chávez para firmar un tratado energético continental en temas como el gas, el petróleo, las energías alternativas y el ahorro de energía. En la declaración conjunta se abordaron de manera general los problemas energéticos sudamericanos. Se ratificó la *“integración energética regional como herramienta para promover el desarrollo social, económico y la erradicación de la pobreza”* y se expresó consensualmente un *“reconocimiento al potencial de los biocombustibles para diversificar la matriz energética sudamericana”*. La creación de una OPEP del gas a nivel continental, Organización de Países Productores, Exportadores de Gas del Sur (Oppegasur), no logró un mayor entendimiento para su ampliación, pese a que Venezuela la creara en marzo de 2007 y que la integren además Argentina y Bolivia. Esta Cumbre no obtuvo mayores resultados.

En la XXXIII Cumbre de jefes de Estados del MERCOSUR³⁶, el presidente Néstor Kirchner y Nicanor Duarte acordaron finalizar en diciembre de 2008 las obras de la hidroeléctrica de Yacyretá, que ambos países comparten en el fronterizo río Paraná. También el presidente argentino buscó que Bolivia le garantice el suministro de gas mientras se realizan las obras de construcción del Gasoducto del Nordeste Argentino, cuyo acuerdo ratificaron.

Esta suma de acuerdos fue debilitando el proyecto del Gasoducto del Sur; así lo reconoció Chávez al sostener que se encontraba paralizado por desacuerdos entre los países, pese al trabajo de varios meses de los técnicos³⁷.

Las acciones prepositivas que se han emprendido en la subregión denotan la ausencia de una visión estratégica común que haga pensar en un verdadero proceso integrador. Muchas de ellas nos son más que acuerdos de interconexión física, cooperación y/o interconexión energética que pueden llevar a una confusión conceptual.

5. Significación política y comienzo de la contramarcha

Si bien desde el punto de vista económico la incorporación de Venezuela al MERCOSUR es importante, no resulta tan clara la significación política entre los diversos autores. Para algunos sería un obstáculo para las negociaciones con la Unión Europea y Estados Unidos; otros consideran que convertiría al MERCOSUR en menos

³⁶ Realizada en Asunción el 28 de junio de 2007

³⁷ Diario La Nación, *Chávez reconoce que el Gasoducto del Sur se enfrió*, 28 de julio de 2007. Buenos Aires, Argentina.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

democrático e incluso podría afectarse la gobernabilidad democrática al utilizarse a la energía como herramienta de influencia regional y, por último, están los que asocian su postura favorable a la dimensión estratégica energética y a la ampliación del mercado subregional.

Desde el punto de vista de la prensa Argentina la percepción es disímil: mientras *“La Nación considera que Venezuela puede ser un factor de desestabilización en el mercado regional y que su incorporación al MERCOSUR acelerará la crisis del mismo, ya que Chávez tiene vocación hegemónica, tal como parecería comprobarlo una supuesta satelización de Bolivia y la ingerencia del Gobierno de Hugo Chávez en las elecciones peruanas y nicaragüenses. Clarín por su parte, evalúa de manera más positiva la incorporación de Venezuela al MERCOSUR”*³⁸.

No obstante, el presidente Hugo Chávez está encaminado a liderar un eje político, manifestando su prioridad por la Alternativa Bolivariana para América (ALBA)³⁹, en la que participan Bolivia, Cuba, Nicaragua y Venezuela, como *“un nuevo esquema de unión entre los pueblos [ya que] fuera de esa forma de integración, lo que queda es el viejo modelo neoliberal del cual ya Venezuela se ha liberado, y queremos ayudar a liberar a otros países”*⁴⁰. Estas reiterativas manifestaciones por parte del mandatario venezolano no hacen más que expresar una actitud crítica al marco regulatorio multilateral de comercio y

³⁸ RIVAS Ricardo Alberto y BUSTO Edelmiro Alejandro, “Noticias de Venezuela” en *Aportes para la Integración Latinoamericana*, Año XII, N°14, Julio 2006, Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL. Argentina.

³⁹ Cf. Laredo, *“Hugo Chávez construye una visión sobre la integración latinoamericana opuesta al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) formulada en la Cumbre de las Américas que tuviera lugar en Miami a fines del año 1994. Esa visión se sintetiza en lo que Chávez denomina Alternativa Bolivariana de las Américas (ALBA). La misma fue propuesta oficialmente por Chávez durante la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe, en diciembre del 2001, mientras que el primer paso concreto en su constitución se dio en diciembre de 2004, con la firma en La Habana, de un acuerdo entre los gobiernos de Venezuela y Cuba. Por otra parte, Bolivia se incorporó a dicha iniciativa en abril del 2006”*. LAREDO Iris y otros, “Perspectivas del MERCOSUR ante la incorporación de Venezuela”, *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, Año XII, N°14, Julio 2006, Instituto de Integración Latinoamericana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

⁴⁰ Diario La Nación, *Chávez dispuesto a no ingresar al MERCOSUR*, 1 de julio de 2007, Buenos Aires, Argentina.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de la ALADI y, en el ámbito subregional al MERCOSUR y la CAN. La actitud fue corroborada al sostener que su país no está interesado en ingresar en el “*viejo MERCOSUR*”⁴¹, aludiendo a quienes creen que el bloque debe permanecer tal como está sin admitir el ingreso de Venezuela por considerar que su gobierno es autoritario. Eso le llevó a decir que está dispuesto a retirar la solicitud de adhesión al MERCOSUR si los parlamentarios brasileños y paraguayos no aprueban el Protocolo de Adhesión en el plazo de tres meses⁴².

6. Conclusiones

Si bien el petróleo se ha convertido en una herramienta de la política exterior de Venezuela tendiente a promover un mundo multipolar y su inserción en América Latina, en este último aspecto su idea se asocia a la de la integración Bolivariana ideologizando, de este modo, su política exterior. A ello contribuyeron los cambios de gobierno a nivel regional con un tinte más progresista y crítico al neoliberalismo de la década de los noventa. El contexto favorece al gobierno venezolano como promotor de un discurso radical confrontativo con los Estados Unidos. Pese a que el MERCOSUR no se suma a ese discurso, tanto Brasil como Argentina encuentran en Venezuela un socio para enfrentar cualquier intento del país del Norte por debilitar el acuerdo subregional.

Aunque la relación del MERCOSUR con Venezuela tiene a la energía como factor clave, favorecida por la crisis sectorial subregional y la presión hacia el alza de los precios del petróleo en el mercado mundial, su incorporación podría erigirse en un factor equilibrante de poder y de consolidación interna, ante las permanentes disputas comerciales entre Argentina y Brasil como consecuencia de visiones disímiles sobre la distribución de costos y beneficios de la integración y del recelo argentino ante las pretensiones de liderazgo de Brasil. Sin embargo, el gobierno brasileño con la CSN intentó adjudicarse un liderazgo regional sin competencia, no logra fortalecerse y lleva a que los socios mayores sumen a sus conflictos comerciales las divergencias sobre el pretendido liderazgo de Venezuela en la región.

Además, el MERCOSUR sufre una crisis de confianza entre sus miembros derivada del conflicto que mantienen Argentina y Uruguay por las pasteras, adicionándose a ello la ausencia de una visión estratégica común de inserción internacional.

⁴¹ Diario La Nación, *Críticas de Chávez al viejo MERCOSUR. Condicionó el ingreso de su país*, 21 de junio de 2007, Buenos Aires, Argentina.

⁴² Diario La Nación, *Ahora Chávez se pelea con el Sur*, 10 de julio de 2007. Buenos Aires, Argentina.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

La tan mentada integración energética como factor clave de los múltiples relacionamientos y acuerdos en el ámbito subregional lo ha sido en función de paliar el déficit doméstico, ya que lo que se debate es si unos u otros emprendimientos son viables o convenientes a los intereses energéticos de cada país, sin que ello haga suponer un real proceso de integración. Lo que se ha proyectado es una serie de acuerdos de interconexión física para el transporte del gas o la electricidad sin que haya un proyecto político de largo alcance que garantice un desarrollo subregional sustentable, no sólo desde el punto de vista del impacto económico, sino social y medioambiental.

Se abre una nueva etapa de incertidumbre dentro del MERCOSUR, especialmente en el equilibrio de poder de los tres países mayores, en donde los menores encontrarán quizá mayor dificultad en este aspecto y respecto a un verdadero proceso de integración sectorial.

BLANCA

CAPÍTULO II

CONSECUENCIAS DE LA SALIDA DE VENEZUELA DE LA CAN Y SU ENTRADA AL MERCOSUR

***(CONSEQUENCES OF THE EXIT OF VENEZUELA OF THE CAN
AND ITS ENTRANCE IN THE MERCOSUR)***

Heinz G. Preusse

RESUMEN:

En 2006, Venezuela se retiró de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y entró al MERCOSUR. Este artículo analiza algunos aspectos políticos y económicos de este cambio de la región. Argumenta que las consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN no provocarán problemas muy pesados en el campo económico, pero probablemente van a contribuir a la desaparición de la CAN como grupo regional. Las consecuencias de la participación de Venezuela en el MERCOSUR son mucho más difíciles de analizar. Una variable clave será el impacto político que Venezuela ejerza baja la constelación política actual en Venezuela y en los demás países del MERCOSUR. Evidentemente, las ideas del presidente Hugo Chávez (ALBA, Socialismo del Siglo XXI) son incompatibles con el Nuevo Regionalismo, el concepto original del Tratado de Asunción.

PALABRAS-CLAVE:

MERCOSUR - Nuevo Regionalismo - ALBA - Orden Económico.

ABSTRACT:

In 2006, Venezuela left the 'Comunidad Andina de Naciones' (CAN) and joined MERCOSUR. This paper analyzes some of the consequences of this event. It maintains that the exit of Venezuela from the CAN will not cause major economic problems for the region, but it might well bring to an end the Andean integration project. The consequences of the Venezuelan entrance into MERCOSUR are more difficult to capture. A key variable of the ongoing integration process will be the political impact of Venezuela

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

under the present political regime. It seems to be obvious that the Bolivarian Alternative to Latin American Integration (ALBA) together with the so called 'Socialism of the 21. Century' are not compatible with the Treaty of Asunción and the aspiration to create an area of open regionalism.

KEY WORDS:

MERCOSUR - Open Regionalism - ALBA - Economic order.

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El margen de referencia.* 3. *Consecuencias de la retirada de Venezuela de la CAN.* 4. *Consecuencias de la entrada de Venezuela al MERCOSUR.* 4.1. *Cambios económicos.* 4.2. *Cambios políticos.* 4.3. *Cambios en el peso relativo de los asuntos políticos y económicos*¹.

1. Introducción

El 22 del Abril 2006, Venezuela se retiró de la comunidad Andina de Naciones (CAN) en que tomó parte desde su fundación en 1969. Menos de tres meses después, el mismo país firmó un acuerdo de ingreso como miembro de pleno derecho al MERCOSUR. Hay que esperar que esta acción vaya a cambiar la situación política y económica en la región de una manera significativa.

En esta ocasión quiero delinear un esbozo de estos cambios que en realidad son bastante complejos y no previsibles. La razón principal por la complejidad del asunto es que el tema de la integración regional es un tema que contiene aspectos políticos al igual que económicos.

Para clasificar este tipo de integración regional se ha creado el término "Nuevo Regionalismo" (Hettne, 1999, 7; Fawcett, 1997; IDB, 2002). El Nuevo Regionalismo significa "comprehensiveness" y "multidimensionalidad" (Preusse, 2004, 6) e incluye la formación de mercados comunes, de uniones políticas y aspectos culturales así como el cambio del comportamiento político (por ejemplo, el desempeño común de los derechos de la soberanía). Entonces, el Nuevo Regio-

¹ ABREVIATURAS: CAN-Comunidad Andina de Naciones; MERCOSUR-Mercado Común del Sur (do Sul); OMC-Organización Mundial de Comercio; PA-Pacto Andino; ALALC-Asociación Latino Americana de Libre Comercio; ALC-Área de Libre Comercio; UA-Unión Aduanera; OPEC-Organización de Países Exportadores de Petróleo; ALCA-Área de Libre Comercio de los Américas; ALBA-Alternativa Bolivariana de las Américas.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

nalismo capta muchos grupos de interesados (internos y externos) y provoca varios efectos económicos y políticos.

Para tratar los problemas que el cambio de Venezuela cause más sistemáticamente, desarrollaré un simple margen de referencia que deja ver la interdependencia de los aspectos políticos y económicos de la integración regional. Refiriéndome a este margen de análisis voy a discutir el caso de la salida de la CAN primero. Después analizaré las consecuencias políticas y económicas de la participación de Venezuela en el MERCOSUR.

2. El margen de referencia

A nivel teórico se puede pensar en el objetivo de la integración regional como un triángulo de políticas que consiste en las políticas internas (desde el crecimiento económico hasta los asuntos de redistribución de riqueza), las políticas externas (no económicas) y las políticas económicas internacionales.

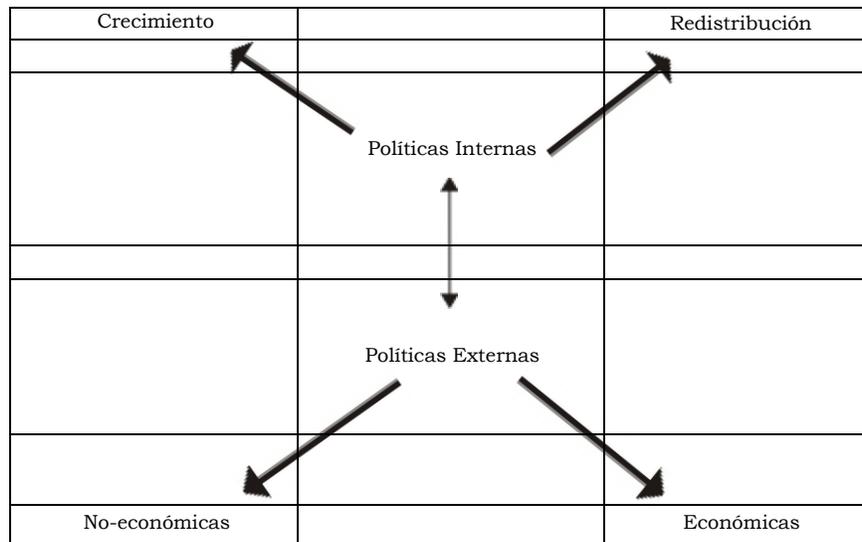


Figura 1

Sin entrar en detalles (véase Preusse, 2004), se puede decir que la política exterior tiene por objetivo la búsqueda de seguridad y paz y se maneja por medio de amenazas, persuasión, cooperación y alianzas.

La política económica internacional, a su vez, se fija en políticas para mejorar el bienestar del pueblo por medio de la división internacional de trabajo. De esa manera, hoy en día, la mayoría de los países

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

del mundo favorece mercados abiertos que tratan de organizarse por medio del multilateralismo representado por la Organización Mundial de Comercio (OMC) y del regionalismo². Siguiendo este concepto en cuanto a las políticas económicas internacionales, muchos países pretenden participar en el sistema multilateral. Además tratan de mejorar sus ventajas económicas usando contratos especiales con sus vecinos y países de ideología similar (regionalismo).

En el regionalismo abierto, los instrumentos de captación de las ventajas de la participación en los mercados mundiales y aquellos de la cooperación política (formación de alianzas entre países con el fin de asegurar paz y seguridad) no existen aislados. Al contrario, mientras que la seguridad y la paz son precondiciones para el desarrollo económico, el éxito económico forma la base para el establecimiento del poder político. Entonces, ambos objetivos son interdependientes y su realización conjunta es indispensable para ganar el éxito político y la prosperidad económica.

Un fenómeno importante oculta esta interdependencia fundamental. Es el del impacto diferente en el tiempo de distintos tipos de intervención: mientras que intervenciones políticas tienen impacto inmediato o de corto plazo (cerrar la frontera), los instrumentos del manejo del poder económico a menudo tienen efecto indirecto y se hacen sentir a largo plazo. Por ejemplo, el estancamiento económico y del empleo que se efectuará como consecuencia de decisiones políticas no congruentes se realizará años después de tomar la medida. Por cierto, este hecho favorece a políticas de corto plazo.

De esa manera, la retirada de Venezuela de la CAN y la entrada al MERCOSUR tienen consecuencias potenciales en ambos ramos y a corto y largo plazo. Las consecuencias serán más significativas cuanto más integrada está la región y cuanto más importante sea el retirado (o el nuevo miembro respectivamente) con relación al conjunto. A continuación analizaré el caso, tomando en cuenta estos dos aspectos.

3. Consecuencias de la retirada de Venezuela de la CAN

La CAN tiene sus raíces en el Tratado de Cartagena (1969) que estableció el Pacto Andino (PA). El PA, a su vez, nació como un grupo subregional de la Asociación Latino Americana de Libre Comercio

² En este contexto no voy a ampliar la discusión incluyendo el bilateralismo y el unilateralismo como alternativas. Ni voy a discutir la necesidad definitiva de abrir los mercados para disfrutar de las ventajas de la economía global (Worldbank, 2002; Dollar/Kraay, 2002; Romalis, 2007).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

(ALALC). Cinco países (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú) tomaron parte en éste. Venezuela entró en 1973, mientras que Chile se retiró en 1976.

El PA ha sido un tratado del tipo de sustitución de importaciones que empleaba un nivel de aranceles bastante alto³ y, bajo la decisión 24, fuertemente rechazó al capital extranjero, y a las inversiones directas en particular. Dadas estas condiciones, el PA tenía el fin de generar crecimiento económico equilibrado. Para realizar este objetivo se planificó el crecimiento industrial por medio de Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial (PSDI). Los instrumentos principales debían ser políticas económicas armonizadas de la reducción de los aranceles internos (hasta 1980) y la construcción de un sistema de aranceles externos comunes (hasta 1975).

Sabemos hoy que el PA fue un pleno fracaso, porque no existía voluntad política para realizar un proyecto tan avanzado, ni existían precondiciones económicas favorables en la región para integrarse con éxito. Así, por ejemplo, la distancia entre Venezuela y Bolivia es altísima (en el sentido económico) y el mercado potencial permanecería muy pequeño también bajo condiciones de plena integración. Más importante aún es que las ventajas comparativas de los miembros del Pacto Andino se dan hacia terceros países. Por eso, la ampliación del comercio intra-industrial tiene un potencial bien restringido (Preusse, 2001). Todo eso impidió el desarrollo del PA durante los años 70 y durante la época turbulenta de los ochentas casi no funcionó⁴.

Sin embargo, ha sido exactamente la década perdida de los ochentas que forzó a los países de la región a reconsiderar sus estrategias de desarrollo y el foco de su integración regional.

La nueva época comenzó con un encuentro de los presidentes del PA en Venezuela en 1989, en el que decidieron fortalecer la dimensión política e institucional de la comunidad. Siguió una serie de conferencias con las que el PA se convirtió paso a paso en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) (Protocolo de Trujillo, 1996). El objetivo de la CAN es la formación de un Mercado Común bajo un régimen arancelario relativamente abierto hacia el mercado mundial. En 1994 ya, los aranceles externos promedio variaron entre 9.3% en Bolivia y 12.1% en Venezuela, señalando un cambio fundamental del pensamiento político en la integración regional. Sin em-

³ En 1972 el nivel de aranceles promedios era de 54% en Bolivia, 70% en Colombia, 90% en Perú y 106% en Ecuador (Secretaría de la CAN, 2003).

⁴ Véase Wyatt, 1989, 33; Frambes-Alzérreca, 1989, 133 y ss.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

bargo, quedaron muchas excepciones que siguen frenando al intercambio regional hasta hoy. Además, Bolivia y Ecuador reivindicaron un estado preferencial en la CAN y Perú recibió un tratamiento especial en el área de los aranceles externos comunes. Sin embargo, en los demás países, el arancel externo no se implementó todavía.

Durante los años noventa, el comercio intra-regional creció con más rapidez, pero la integración solamente progresó de forma parcial. En realidad, la mayor parte del comercio intra-regional se realizó entre países vecinos (Venezuela-Colombia, Perú-Ecuador), pero hubo poco intercambio entre los miembros más alejados. La excepción es Perú, que tiene relaciones comerciales más profundas con Colombia y Venezuela. Políticamente, el proceso de integración tampoco avanzó de manera suficiente bajo el nuevo concepto.

Se puede concluir entonces, que todavía la CAN no tiene gran fuerza política ni contenido económico. Esta aseveración está subrayada por la observación de intensivas actividades que los países miembros emprendieron fuera de la región. Hay que mencionar, por ejemplo, la participación de Bolivia y, recientemente, Perú, como asociados del MERCOSUR, la formación del Grupo 3 (Colombia, México, Venezuela) que Venezuela abandonó hace poco, y las actividades recientes de Perú y Colombia de formar pactos bilaterales con los Estados Unidos.

Todo eso significa que los miembros de la CAN no se sentían obligados a cumplir a sus obligaciones en el PA y en la CAN con gran entusiasmo.

En consecuencia, la integración regional no se muestra muy estrecha aún en 2007, ni en lo económico, ni en el plano político. La salida de Venezuela, entonces, no va a causar turbulencias económicas en los demás países miembros de la CAN. Por única excepción, las relaciones entre Colombia y Venezuela pueden cambiar de manera significativa: económicamente, la apertura de Venezuela hacia el MERCOSUR amenaza a las exportaciones no-tradicionales de Colombia y políticamente, la oposición fundamental de Venezuela frente a los Estados Unidos ha de causar tensiones con su vecino.

Sumando todo eso, parece probable que el CAN va a sufrir la misma suerte que el PA y desaparecer clandestinamente del mapa político durante los próximos años. Entonces, la pregunta más importante que queda es, si el MERCOSUR, bajo esas condiciones, ganará fuerza con la entrada de Venezuela y atraerá a los países todavía pertenecientes a la CAN, en un proyecto más amplio de integración de toda la región.

4. Consecuencias de la entrada de Venezuela al MERCOSUR

En julio de 2004, Venezuela recibió el *status* de asociado al MERCOSUR. Año y medio más tarde, los presidentes del MERCOSUR decidieron aceptar a Venezuela como miembro de pleno derecho. En julio 2006 (cumbre del MERCOSUR en Córdoba) Venezuela entró al MERCOSUR oficialmente. El proceso de ratificación, sin embargo, no se terminó hasta ahora.

Hay al menos dos aspectos extraños en estos acontecimientos. El primero es la rapidez con la que el proceso de admisión sucedió. Segundo, y más interesante políticamente, es que Venezuela entró al MERCOSUR con todos los derechos de los demás miembros, antes de que se hubieran definido las condiciones de entrada. En el entretiem po, se hizo publico que Venezuela va a seguir un camino sucesivo de integración que no va a terminar antes del 2014 (Rios/Maduro, 2007, 50). Entonces, el país influirá y co-determinará las estrategias del MERCOSUR inmediatamente, mientras que todavía no tiene que respetar sus reglas en plenitud.

Con referencia a estos aspectos se ha comprobado que la entrada apresurada de Venezuela al MERCOSUR ha sido el resultado de una constelación política excepcional. En concreto, se identifica un cambio radical en la política externa de Brasil (Magnoli, 2007, 8). Antes, aquellas políticas brasileñas se basaron en relaciones estables con los Estados Unidos y -desde la fundación del MERCOSUR- con Argentina en particular. Con la entrada de Venezuela al MERCOSUR la situación ha cambiado. El gobierno brasileño ha invitado a ejercer poder político a nivel regional a un régimen que busca a perfilarse como anti-americanista, etatista y socialista (Socialismo del Siglo XXI). Es decir, Brasil ha revalorizado a un régimen que amenaza trabajar en contra de unos principios fundamentales de la política externa de Brasil y del MERCOSUR.

Magnoli comprueba que este cambio político es el resultado de la lucha entre dos escuelas políticas en Brasil. Una es la mencionada escuela tradicional, la otra es la ultra-nacionalista, que intenta establecer un bloque anti-americanista y proteccionista (Magnoli, 2007, 11). Petkoff (2005) nota que aquella lucha dentro del gobierno Brasileño refleja una polarización cada vez más pronunciada en América Latina entre la izquierda políticamente moderada (Brasil, Argentina (?), Chile) y la radical (Venezuela, Bolivia, Cuba y Ecuador). Voy a volver sobre este punto más tarde.

Ya durante la celebración de inauguración de Venezuela en Córdoba, Hugo Chávez subrayó esta tesis proclamando que el actual MERCOSUR está atrasado y que hay que reformarlo sustancialmente (siguiendo sus ideas) para que tenga futuro.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Principalmente, desde el punto de vista de hoy, esta nueva constelación en el MERCOSUR y en Venezuela podría causar cambios profundos en tres áreas.

1. Cambios económicos
2. Cambios políticos
3. Cambios en el peso relativo de los asuntos políticos y económicos

En el apartado siguiente voy a discutir estos tres puntos.

4.1 Cambios económicos

Antes hemos identificado al MERCOSUR (en el espíritu del tratado de Asunción) como un acuerdo regional del tipo “Nuevo Regionalismo”. El Nuevo Regionalismo de turno combina dos objetivos. El de establecer la apertura económica hacia adentro y hacia afuera y para nuevos miembros y el de integrar sus mercados profundamente por medio de instituciones y políticas comunes.

Tratamos primeramente el aspecto de la apertura de los mercados de bienes. En 2004 Venezuela añadió aproximadamente 110 billones de US\$ al producto bruto interno (PBI) del MERCOSUR (14%). De esta manera toma la tercera posición en términos económicos entre los países del conjunto.

Sin embargo, en el pasado, no ha habido vínculos importantes entre los miembros del MERCOSUR y Venezuela (Tabla 1). La realidad es que en el pasado los socios comerciales más importantes de Venezuela han sido los Estados Unidos y la Unión Europea (22,1% y 6,0% de sus importaciones en 2004) respectivamente, mientras que el MERCOSUR solamente lo ha sido en el 0,7%.

Exportaciones e Importaciones de Venezuela hacia el MERCOSUR, EEUU y Europa (%)

	Exportaciones		Importaciones	
	1995/96	2003/04	1995/06	2003/04
<i>Argentina</i>	0.2	0.0	2.9	1.9
<i>Brasil</i>	5.8	0.6	3.9	7.7
<i>Paraguay</i>	0.0	0.0	0.7	0.6
<i>Uruguay</i>	0.1	0.0	0.2	0.2
<i>EEUU</i>	56.0	22.1	43.6	31.8
<i>EU (25)</i>	8.6	6.0	17.6	18.8
<i>Otros</i>	29.3	61.3	31.1	39.0

Fuente: PC-TAS, Rios/Maduro (2007)

Tabla 1

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Sin embargo, el escaso intercambio económico actual entre los viejos y el nuevo miembro no debe preocuparnos mucho porque la nueva situación ofrece un cierto potencial de expansión por 'diversión de comercio' (*trade diversion*). Por cierto, una 'diversión de comercio', que sustituye las importaciones no-tradicionales de Venezuela desde los Estados Unidos, la UE y diversos otros países más avanzados por importaciones del MERCOSUR, tendrá más efecto cuanto más se realice la eliminación de barreras comerciales en el MERCOSUR. A corto plazo, el efecto será potenciado si se las conservara hacia fuera.

Brasil y Argentina, con sus sectores industriales relativamente avanzados, podrían ser los principales ganadores de este proceso. Este hecho, por cierto, va a significar una tentación bastante grande para ellos. Sin embargo, levantar las barreras externas durante la formación de un Área del Libre Comercio (ALC) o de una Unión Aduanera (UA) sería una violación de los principios del Nuevo Regionalismo. El precio de aquella violación lo tendrían que pagar los consumidores con precios más altos, deficiencias de calidad y menos diferenciación de la oferta. A lo largo, otros efectos dinámicos van a aumentar aquellos costes (en concreto, la falta de competencia externa y la limitación de transferencia de tecnología) y dificultarán el crecimiento económico.

En cambio, dejar los mercados abiertos hacia fuera tendría efectos positivos en cuanto a esos aspectos de crecimiento dinámico y de la graduación en el mercado mundial, pero no permitiría a Argentina y Brasil captar el mercado venezolano tan rápidamente y tan fácilmente. Aparentemente existe un compromiso (*trade-off*) entre los efectos a corto y a largo plazo. Entonces, hay que preguntar qué camino va a tomar el MERCOSUR en la nueva constelación.

Por cierto, cualquier respuesta a esta pregunta sólo puede ser especulativa. Sin embargo, hay algunos indicios concretos a los que se puede aprovechar para delinear un escenario bastante probable.

Primeramente, hay que caracterizar la situación en el MERCOSUR actual (de los cuatro) en cuanto a la afirmación de los principios de la apertura del nuevo regionalismo. Todos estos países proclaman oficialmente que todavía aceptan aquellos principios. Sin embargo, el proceso real de la liberación del comercio (interno y externo) no ha avanzado durante los últimos años, aun cuando las perspectivas económicas han mejorado significativamente (Preusse/Schlageter, 2008). Tomando en cuenta que el nuevo paradigma de la política económica de la región es uno del anti-neoliberalismo, no parece extraño que eso incluya actitudes más reservadas en cuanto

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

a mercados libres. Entonces, caracterizando a la situación con cuidado se puede decir, que el proyecto del regionalismo abierto en el (viejo) MERCOSUR no tiene viento en popa bajo las nuevas condiciones políticas. La posición de Argentina y la lucha corriente entre la izquierda pragmática y la radical en Brasil apoyan esta interpretación. Dada esta situación indecisa hay que analizar cuál es la posición de Venezuela frente al nuevo regionalismo y como cambiará su entrada al MERCOSUR el equilibrio entre las fuerzas que apoyan al concepto original y a las que lo rechazan.

La respuesta parece clara. Las ideas políticas y económicas de Hugo Chávez en cuanto a la protección externa no son compatibles con el nuevo regionalismo, pero reflejan el viejo concepto de sustitución de las importaciones. Entonces, bajo el gobierno del presidente Chávez, Venezuela tomará una posición que se deriva de las teorías de la dependencia de los setenta, las cuales ya fracasaron.

Esto significa que el MERCOSUR, bajo el impacto de Chávez, puede desarrollarse como un mercado más integrado hacia adentro, pero teniendo una tendencia a manejar barreras externas bastante altas.

Así, en el caso que Brasil no se mantenga en su concepto económico moderado, y con Argentina ya pensando en las categorías de la sustitución de las importaciones, el balance político en el MERCOSUR va a cambiar a favor de más protección. Probablemente, la región regresará hacia un sistema similar al regionalismo anciano.

Para poner más claro lo que eso significaría para el funcionamiento del MERCOSUR, hay que analizar unos puntos más. Uno es la situación del capital extranjero. Hoy en día, solamente Brasil y Uruguay disfrutan de cierto grado de confianza de los inversores internacionales. Con el impacto de las ideas de Hugo Chávez en cuanto al capital extranjero, esta confianza va a disminuir. Por cierto, Venezuela puede ofrecer sus abundantes divisas petroleras como alternativa, y de hecho ya lo hace. Pero los petrodólares no son un buen sustituto de las inversiones directas, gracias al contenido de capital humano, de conocimientos específicos del mercado internacional y de tecnologías avanzadas que llevan estas últimas -y que Chávez no puede ofrecer-.

Otro aspecto es el concepto de desarrollo industrial que Chávez proclama. Aparentemente el "nuevo" modelo venezolano está basado en el viejo concepto del estatismo. Propone la planificación intensiva de la economía y el uso de empresas estatales como motores del desarrollo industrial. Por cierto, este concepto hasta ahora no tiene muchos aficionados en la región, gracias a las experiencias históri-

cas. Sin embargo, en el caso de que el impacto político de Venezuela al MERCOSUR crezca, esta percepción también podría cambiar.

4.2. Cambios políticos

En Venezuela, la economía no-petrolera no juega ningún papel importante. Desde hace años, el país vive de sus petrodólares. Basado en esta riqueza, los venezolanos cultivaron a una economía rentista que no muestra señales serias de desarrollo económico sostenible (Boeckh, 2005). Hoy en día, el país ni puede exhibir un sector agrario competitivo ni hay industrias vivas y capaces de competir, ni siquiera a nivel regional. El poder político del país entonces se deriva exclusivamente de sus pozos de petróleo y otros recursos naturales.

En el pasado, el precio del petróleo varió bastante. Así bonanzas de petróleo como las de los setenta se alternaron con períodos de precios bajos y de escasez de divisas. Bajo estas condiciones de precios volátiles, el uso de los petrodólares como instrumento de política exterior ha sido limitado y las actividades de Venezuela se concentraron en la OPEP.

Hoy en día, muchos observadores opinan que la situación ha cambiado durante los últimos años. Es decir, se espera que los tiempos de la abundancia de petróleo hayan terminado definitivamente. Bajo estas nuevas condiciones, el gobierno del presidente Chávez puede disponer de una afluencia continua de divisas que puede usar para realizar a sus ambiciones políticas internacionales. Muchos casos particulares muestran que Venezuela realmente usa aquella opción, llevando adelante diversos proyectos políticos con este apoyo financiero. Para aprehender más claro el contenido económico y político de estos proyectos es importante identificar a las ideas básicas del Chavismo.

El Chavismo se desarrolló como reacción al rechazo del modelo capitalista internacional actual. Este último modelo se entiende como modelo unipolar que reina y está garantizado por su hegemon, los Estados Unidos. Como alternativa, el Chavismo ofrece un modelo multipolar que se propone agresivamente⁵. Entonces, el hegemon

⁵ Por cierto, la mayoría de los Estados del hemisferio, Argentina y Brasil, en particular, simpatizan con el concepto multipolar. Según Petkoff, lo que divide Venezuela y sus partidarios de los demás Estados de la región es el enfoque revolucionario del Chavismo, que vive con su convicción del conocimiento de la verdad absoluta. Por eso, el Chavismo no busca el discurso político con sus opositores, sino que se siente en plena lucha contra sus enemigos (véase Petkoff, 2005b).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

del sistema unilateral es el adversario principal del Chavismo, y junto con él también lo es su enfoque económico, el neo-liberalismo (un término, que hoy en día se usa para cualquier tipo de economía del mercado). Este “neo-liberalismo” en su percepción difusa, a su vez, se identifica como el responsable de la globalización (y de todo mal en el mundo) a lo que también hay que enfrentar. De tal manera, el anti-imperialismo, que en realidad es un anti-americanismo (y un enfoque anti-mercado), forma la base ideológica del régimen actual de Venezuela (véase Petkoff, 2005a; Romero/Toklatián, 2006).

Además, desde el 2005, el Chavismo se entiende como protagonista de un “Socialismo del siglo XXI”, que se proclama como alternativa al neo-liberalismo. Lamentablemente, no hay ninguna imagen concreta de lo que significa. Según sus protagonistas, el nuevo socialismo es distinto del viejo Modelo Soviético o Maoísta, pero no hay información sistemática sobre el nuevo concepto (el que muy probablemente todavía no existe). Magnoli nota que el Chavismo y su revolución bolivariana no son congruentes con las ideas de Simón Bolívar quien luchó por libertad, razón y mercados libres⁶, ni encajan con la tradición del Socialismo democrático⁷.

De todos modos, tomando en cuenta las informaciones fragmentarias disponibles sobre el “Socialismo del siglo XXI”, se observa que éste tiene un enfoque estatista (ya mencionado), que opera por medio de empresas estatales en sectores estratégicos (energía) y proyectos “*ad hoc*” y de carácter social y caritativo. Además, está caracterizada por una vocación distinta de promover negocios de intercambio natural y de personas (petróleo por médicos etc.). Todo eso significa que el elemento político siempre está presente en las decisiones económicas del Chavismo.

Para crear a las condiciones políticas necesarias para la realización del nuevo orden internacional multipolar se sigue una estrategia que persigue actividades políticas internacionales en cuatro áreas diferentes.

* El fortalecimiento de la OPEP que tiene que garantizar precios altos de petróleo. Esta actividad, por cierto, es de suma importancia porque el petróleo es la base financiera del Chavismo.

⁶Según Magnoli el Chavismo se basa en los pensamientos del historiador Venezolano Federico Brito Figueroa (1921-2000) y del politólogo Argentino Norberto Ceresole (1943-2003). Véase Magnoli 2007, 8ff.).

⁷Mientras tanto hay varios trabajos que analizan al contenido democrático del régimen Chavista. (Véase Shifter, 2006; Marcano-Barrera Tyszka, 2005; Petkoff, 2005a).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

- * La participación activa en los foros internacionales para defender los intereses del Tercer Mundo contra las pretensiones hegemónicas de los Estados Unidos y sus aliados.
- * La intención de establecer relaciones estrechas con países de convicciones políticas similares (el punto más importante que une a estos amigos es la oposición a los Estados Unidos).
- * La integración mutua de los países de América Latina.

Por consiguiente voy a concentrarme en este último punto.

Ya en su discurso de bienvenida a los presidentes del MERCOSUR, Hugo Chávez puso en claro que sus visiones de la integración latinoamericana son muy diferentes por comparación de las que habían formado la base intelectual del MERCOSUR. Dijo que hay que reformar al MERCOSUR y transformarlo en algo nuevo, o no va a sobrevivir.

Lo que significa de “nuevo” en realidad es un concepto contrario al MERCOSUR (en el sentido del Tratado de Asunción). En concreto, Chávez propone la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA) que ahora tiene cuatro miembros (Venezuela, Cuba, Bolivia, Nicaragua) y un candidato (Ecuador), pero que no tiene ningún concepto visible, excepto que se lo alaba como alternativa al ALCA y, por cierto, al MERCOSUR.

Lo que se propone es la creación de una zona de libre comercio para toda la América Latina con poco vínculo con el resto del mundo (excepto en el sector energético) (Jácome, 2007, 18). Recientemente, se ha completado el sistema del ALBA con el Tratado de Comercio de los pueblos (TCP) que constituye el margen institucional para sacar adelante contratos comerciales (políticos) a nivel de los Estados (por ejemplo la operación milagro y programas de educación básica).

Aparentemente, este enfoque parece una copia del concepto del Viejo Regionalismo en América Latina, con sus incentivos discriminatorios de las exportaciones y su manejo político de asuntos económicos. El nuevo aspecto del modelo es la financiación (e iniciación) de programas sociales específicos con créditos preferenciales que Venezuela ofrece a sus compañeros políticos. Esos créditos, a su vez, se ofrecen como moneda de cambio para demandas políticas.

No cabe duda que el concepto de ALBA no solo se sitúa en plena oposición a cualquier modelo de economía de mercados abiertos, sino que es francamente inconsistente con el modelo del Nuevo Regionalismo.

No extraña, que el Chavismo explícitamente rechace la integración económica como vehículo de integración política. En su lugar

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

propone la vieja idea de unificación directa de los pueblos latinos. Para dar un impulso al proceso de dicha integración bolivariana se propone, por ejemplo, la creación de una Unión Militar Sudamericana, la cooperación estrecha en el sector energético (Petroamérica) y a la fundación de un sistema de financiamiento del desarrollo económico (Bancosur). Salta a la vista inmediatamente que muchas de estas ideas son bastante visionarias. Su realización depende de un régimen fuerte políticamente y solvente económicamente, que mueve los remos y convence a los demás actores políticos de las ventajas de la ejecución común de sus derechos de soberanía. Aun cuando, en el pasado, fue imposible generar exactamente estas precondiciones básicas de la integración política sostenible de América Latina, Chávez no duda que Venezuela es el país (y él el protagonista) que tiene la capacidad de realizarlo⁸.

Dado el espíritu ideológico del gobierno Venezolano, entonces, hay que notar que la entrada de Venezuela al MERCOSUR podría marcar el comienzo de una difícil lucha política entre los aficionados al concepto inicial del Nuevo Regionalismo y su contrincante. Lo que éste último ofrece en realidad es una copia cruda de un modelo que ya fracasó en los setenta y que, en un mundo globalizado, no tiene ninguna probabilidad de ganar éxito. Peor aún, el concepto de Chávez amenaza captar a sus aficionados al sistema rentista del que Venezuela misma sufre ya desde años.

Lo que debe causar preocupación entonces es el hecho de que, bajo la impresión de las deficiencias de las reformas de los años noventa, el Chavismo aparentemente tiene un alto grado de popularidad en los pueblos. Por cierto, Chávez sabe aprovecharse de los principios e ideologías tradicionales para prometer nuevas ilusiones políticas. De esa manera intenta cambiar el equilibrio entre los aspectos económicos y políticos de integración hacia los últimos sin

⁸ El asunto de establecer instituciones regionales con el derecho de ejercer una “soberanía común” a costo de la soberanía de las naciones es un problema clave de cada proyecto de integración regional profundo.

La Unión Europea, por ejemplo, sigue el objetivo de establecer una Unión Política ya desde 1957. No obstante, se usa la unificación económica como instrumento para adelantar la idea política, que directamente no se puede realizar. En el MERCOSUR, también, la oposición fundamental, de Brasil en particular (Schirm, 2005), contra cualquier propósito de establecer políticas e instituciones regionales con derechos propios, impidió la integración más profunda. Para un análisis profundo de los problemas de la coordinación macroeconómica del MERCOSUR véase Machinea/Rozenwurz, 2005.

tener ningún concepto económico propio (excepto el uso extensivo de petrodólares para financiar cualquier deseo político).

Entonces, el aspecto clave para el análisis de las consecuencias de la entrada de Venezuela al MERCOSUR es la pregunta por el poder político real del Chavismo.

4.3 El cambio del equilibrio político

La identificación de las características ideológicas básicas del Chavismo clarifica porqué algunos analistas toman la entrada de Venezuela al MERCOSUR como el comienzo de una nueva era en América Latina (Husar/Maihold, 2006, 1; Magnoli, 2007, 10 ss; Petkoff, 2005a). Aparentemente, estas voces asumen que es cierto que el Chavismo tiene el poder de cambiar significativamente el mapa político de América Latina.

Teniendo en cuenta la distribución de los recursos humanos, económicos y políticos de la región, esta propuesta no convence a primera vista. Económicamente y políticamente, Venezuela tiene una sola carta que vale: su riqueza de petróleo. Además, la popularidad y el carisma de su actual presidente son activos de los que el régimen se puede aprovechar políticamente. Estos vigores, sin embargo, al mismo tiempo demuestran la vulnerabilidad del Chavismo. El impacto venezolano en la región definitivamente depende de la persona de Chávez y del precio del petróleo. Aunque el mercado mundial de petróleo parece mantenerse estable de momento y Chávez ha consolidado su poder político en Venezuela, la vulnerabilidad del Chavismo, sin embargo, es relativamente grande.

Aun cuando las ventajas permanezcan válidas, sin embargo, parece difícil imaginarse que Venezuela (Chávez) pudiera llevar a cabo sus ideas sin el apoyo (o el consentimiento) de Brasil y Argentina, que son (y quedan siendo) las potencias dominantes de la región.

Entonces, la clave del problema es la situación política de Brasil (y Argentina). Argumenté antes, que la región, bajo los nuevos regímenes, se divide en una fracción moderada y pragmática y en una fracción extrema⁹. Lo que ocurre a nivel regional parece reflejarse en el nivel brasileño, donde los aficionados del presidente Lula, que se convirtió en un socialista “conservador”, se disocian de los tradicionalistas del partido trabajador. Aparentemente, este conflicto tiene

⁹ Petkoff habla de la izquierda pragmática y la izquierda reaccionaria o borbónica (véase Petkoff, 2005a). Castañeda (2006) ofrece una interpretación similar de la situación.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

un impacto negativo sobre la capacidad del gobierno brasileño de seguir un camino claro en sus políticas regionales. De eso modo facilita a Chávez propagar activamente sus propias ideas. Otro aspecto que también juega a favor de Chávez es, que la posición en Argentina en cuanto al concepto original del MERCOSUR también es ambigua y sus relaciones con Brasil son más reservadas que en la época de los noventa.

Dada esta situación, la ventaja de Chávez es que no tiene que luchar en contra de un eje insuperable de Argentina y Brasil para llevar a cabo sus ideas. Es que simplemente tiene que influir en el proceso político interno de estos países, usando su capacidad retórica al igual que sus recursos financieros.

No ésta la oportunidad para documentar las actividades que el presidente Chávez propone en detalle. Basta notar que hay pruebas suficientes que documentan la ingerencia masiva de Venezuela en los asuntos políticos de sus vecinos. Son exactamente estas actividades y su impacto potencial sobre el rumbo político interno de los países afectados que justifican la sospecha de que los países fundadores del MERCOSUR están subestimando el riesgo de la entrada de Venezuela al MERCOSUR (Husar/Maihold, 2006, 2).

5. Conclusiones

Sumando, se puede concluir que, por sí sola, la entrada de Venezuela al MERCOSUR implica que la comunidad se transforme en un proyecto con un contenido más político que antes. Al mismo tiempo, los principios económicos del Nuevo Regionalismo van a perderse.

Aparentemente, el resultado definitivo de la transformación de la región depende de la voluntad política de los miembros originales del MERCOSUR de seguir o de sancionar las actividades de Chávez, y de la estabilidad misma del régimen Chavista.

En esta época, ambos centros de poder no se quedan en un estado de equilibrio. En cuanto a Brasil, por ejemplo, es interesante observar que el Congreso tarda intencionalmente en ratificar el tratado de entrada de Venezuela al MERCOSUR.

En cuanto a Venezuela, un discurso público reciente del General Baduel indicaba que la situación política en el país tampoco es tan clara como aparece a primera vista. El General indirectamente prevenía al gobierno que un socialismo autocrático es incompatible con el socialismo moderno (democrático). En la misma ocasión insistió que Venezuela tiene que establecer una economía productiva

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

y rechazar cualquier enfoque rentista. Ambas declaraciones son plenamente contrarias a las políticas practicadas en la actualidad.

Bajo estas condiciones no hay más que notar que la región se encuentra en una época de transformación política y económica profunda. Hay que esperar que las decisiones políticas necesarias vendrán sin demora, y que pondrán a disposición de los actores un régimen económico que permita al MERCOSUR crecer y avanzar más dinámicamente que antes, si bien la bonanza de las primeras épocas termine.

BIBLIOGRAFÍA

- BOECKH, A. (2005), "Die Ursachen des unaufhaltsamen Aufstiegs von Hugo Chávez Frias. Krise und Selbstmord der IV. Republik", in: Sevilla, R. y A. Boeckh (eds.) *Venezuela: Die Bolivarische Republik*, Horlemann, Bad Honnef, 19-29.
- CASTAÑEDA, J. G. (2006), "Latin America's Left Turn", *Foreign Affairs*, 85, N° 3, 28-43.
- Dollar, D. y A. Kraay (2002), "Spreading the Wealth", *Foreign Affairs*, 81, 1, 120-133.
- FAWCETT, L. (1997), "Regionalism in Historical Perspective", in Fawcett, L. y A. Hurrell (eds.), *Regionalism in World Politics: Regional Organization and International Order*, Oxford, 9-36.
- FRAMBES-ALZÉRRECA, A. (1989), *Der Andenpakt: Wandlungen eines Integrationsprozesses*, Marburg.
- HETTNE, B. (1999), Globalization and the New Regionalism: The Second Great Transformation, en Hettne, B., A. Inotai y O.
- SUNKEL (eds.), *Globalism and the New Regionalism, The New Regionalism Series*, Macmillan Press, Houndmills, Basingstoke.
- HUSAR, J. y G. MAIHOLD, G. (2006), "Neue Prioritäten im Mercosur", *SWP-Aktuell* Nr. 36, August 2006.
- IDB (Inter-American Development Bank) (2002), *Beyond Borders, The New Regionalism in Latin America, Economic and Social Progress in Latin America, 2002 Report*, Washington, DC, John Hopkins University Press.
- JÁCOME, F. (2007), "Sicherheit und "Bolivarianische" Integration in der venezolanischen Außenpolitik" (1999-2006), en *Europa, América Latina: Analysen und Berichte*, Nr. 24, Fundación Konrad Adenauer, Venezuelas Beitritt zum MERCOSUR, Rio de Janeiro, 12-39.
- MACHINEA, J. L. y G. ROZENWURCEL (2005), "Macroeconomic coordination in Latin America: does it have a future?" *CEPAL Serie "Informes y estudios especiales"*, Santiago, Chile.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

- MAGNOLI, D. (2007), "MERCOSUR + 1: Chavismus contra MERCOSUR", en *Europa, América Latina: Analysen und Berichte*, Nr. 24, Fundación Konrad Adenauer, Venezuelas Beitritt zum MERCOSUR, Rio de Janeiro, 6-11.
- MARCANO, C. y A. BARRERA TYSZKA (2005), *Hugo Chávez sin uniforme: Una historia personal*, Caracas.
- PETKOFF, T. (2005a), *Las Dos Izquierdas*, Caracas, Alfa Grupo ed.
- PETKOFF, T. (2005b), "Chavez und die Medien", en Sevilla, R. y A. Boeckh (eds.) *Venezuela: Die Bolivarische Republik*, Horlemann, Bad Honnef, 113-122.
- PREUSSE, H. G. (2001), "Mercosur – Another Failed Move Towards Regional Integration?", *The World Economy*, 24 (7), 911-931.
- PREUSSE, H. G. (2004), *The New American Regionalism*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar.
- PREUSSE, H. G. y K. SCHLAGETER (2008), "Perspectives of MERCOSUR", *Lateinamerika Analysen*, forthcoming.
- RIOS, S. y L. MADURO (2007), "Venezuelas Beitritt zum MERCOSUR", en *Europa América Latina: Analysen und Berichte*, N° 24, Fundación Konrad Adenauer, Rio de Janeiro, 49-66.
- ROMALIS, J. (2007), "Market Access, Openness and Growth", *NBER Working Paper* N° 13048.
- ROMERO, C. y J. TOKLATIÁN, (2006), Las relaciones entre Argentina, Brasil y Venezuela en el nuevo marco del MERCOSUR: Contexto y perspectivas, internes Arbeitspapier, Caracas, ILDIS/INVESEP.
- SCHIRM, S. A. (2005), "Führungsindikatoren und Erklärungsvariablen für die neue internationale Politik Brasiliens", en *Lateinamerika-Analysen* 11, Institut für Iberoamerika-Kunde, Hamburg, Juni, 107-130.
- Secretaria General de la Comunidad Andina (SGCAN) (2003), *Perspectivas de la Unión Aduanera Andina*, Lima, Comunidad Andina de Naciones, Diciembre.
- SHIFTER, M. (2006), "In Search of Hugo Chávez", *Foreign Affairs*, 85, N° 3, 45-59.
- THE WORLD BANK (2002), *Globalization, Growth and Poverty*, Washington, D.C.
- WYATT, C. (1989), *Regionale Integration und Entwicklung: Möglichkeiten und Grenzen des Andenpakts*, Saarbrücken.

CAPÍTULO III

UNIÓN EUROPEA, MERCOSUR Y DERECHO DEL MAR *

(EUROPEAN UNION, MERCOSUR AND THE LAW OF THE SEA)

Jorge Pueyo Losa

RESUMEN:

El presente artículo analiza las importantes perspectivas para el MERCOSUR que importan la defensa y revitalización de los intereses marítimo-pesqueros de sus Estados Partes y la conveniencia de incorporar a las realizaciones del MERCOSUR un sector como el de la pesca, mediante la planificación de una Política de Pesca Común (PPC).

PALABRAS-CLAVE:

Unión Europea - MERCOSUR - Derecho del mar - Política de Pesca Común.

ABSTRACT:

The present article analyzes the important perspective for the MERCOSUR that concerns the defense and revitalización of marine and fishing interests of their States Parts and the convenience of incorporating to the MERCOSUR a sector as the one of the fishing, by means of the Common Fisheries Policy.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación “*El papel de las Organizaciones Internacionales en el Derecho del Mar: tendencias revisionistas y consecuencias para España*” (SEJ2005-07050), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Convocatoria de ayudas a proyectos de I+D 2005).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

KEY WORDS:

European Union - MERCOSUR - Law of the Sea - Common Fisheries Policy.

SUMARIO: 1. *El MERCOSUR desde la perspectiva de su fachada atlántica.* 1.1. *El MERCOSUR en su proyección sobre las zonas económicas exclusivas de los Estados miembros.* 1.2. *La articulación de una Política de Pesca Común en el proceso de integración del MERCOSUR.* 1.3. *Las relaciones de cooperación entre el MERCOSUR y la UNION EUROPEA en materia de pesquerías.* 2. *El MERCOSUR ante los objetivos de conservación y administración de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios en el área del Atlántico Sudoccidental. entre el unilateralismo y la cooperación.* 2.1. *La frágil articulación del régimen de conservación y administración de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982.* 2.2. *Las practicas unilaterales de los Estados ribereños sobre espacios de alta mar en orden a la conservación de especies transzonales.* 2.3. *La cooperación a través de la acción de Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera. El Acuerdo de Nueva York de 1995: su aplicación y revisión.* 2.4. *El diseño de una "Organización de pesquerías para el Atlántico Sudoccidental", conforme al Acuerdo de 1995.* 3. *En Conclusión.*

1. El MERCOSUR desde la perspectiva de su fachada atlántica

Como ya venimos defendiendo desde hace algún tiempo, el fenómeno de integración del Mercosur abre, sin duda, muy importantes perspectivas de cara a la defensa y revitalización de los intereses marítimo-pesqueros de sus Estados miembros. Los objetivos de administración y conservación de los recursos vivos del mar, tan estrechamente ligados al desarrollo socioeconómico de sus pueblos, y que con tanta intensidad han ocupado la atención de los Estados latinoamericanos, y en particular de los ribereños del Atlántico Sudoccidental, durante las últimas décadas, encuentran, a nuestro juicio, en el contexto de este proceso integrador, un marco de acción capaz de permitir alcanzar resultados auténticamente operativos y eficaces.

Conforme a los principios básicos de conservación y cooperación que informan el actual Derecho internacional de las pesquerías, resulta oportuno valorar el grado de proyección y aplicación que estos principios encuentran en un escenario de integración subregional tan sugerente como el que representa el MERCOSUR,

en la medida en que para los Estados ribereños del Atlántico Sudoccidental el fenómeno mercosureño se presenta como un mecanismo de cooperación especialmente idóneo para dar plena satisfacción a sus obligaciones jurídico-marítimas internacionales, y, por tanto, a sus legítimas aspiraciones relacionadas con la conservación y explotación de los recursos vivos del mar.

1.1. El MERCOSUR en su proyección sobre las zonas económicas exclusivas de los Estados miembros

Desde una perspectiva como ésta, habría que recordar, ante todo, que en la misma línea de acción de otros países latinoamericanos, los Estados ribereños del Atlántico Sudoccidental -Argentina, Uruguay y Brasil- tras haber dictado aquellos primeros actos normativos por los que se venía a proyectar su soberanía sobre una zona marítima de 200 millas, se ocuparían de “programar” medidas de administración y conservación de los recursos vivos del mar en orden a promover su desarrollo socioeconómico.

De entre estas políticas unilaterales, trasciende, fundamentalmente, la práctica desarrollada por Argentina, toda vez que desde la Ley 17.094, de 29 de diciembre de 1966, por la que se extendía la soberanía de la Nación al mar adyacente a su territorio hasta una distancia de doscientas millas marinas, se han aprobado muy distintas medidas legislativas relativas a la administración y conservación de los recursos pesqueros; pudiendo, sobre todo, destacar, tras la aprobación de la Ley n° 23.968, de 14 de agosto de 1991, en la que se definen, conforme al vigente Derecho del Mar, los espacios marítimos (aguas interiores, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental) sobre los que proyecta su soberanía o derechos soberanos la República Argentina, la Ley 24.922, de 9 de diciembre de 1997, sobre Régimen Federal de Pesca, en cuyo art. 1 se dispone que “La Nación Argentina fomentará el ejercicio de la pesca marítima en procura del máximo desarrollo compatible con el aprovechamiento racional de los recursos vivos marinos. Promoverá la protección efectiva de los intereses nacionales relacionados con la pesca y promocionará la sustentabilidad de la actividad pesquera, fomentando la conservación a largo plazo de los recursos, favoreciendo el desarrollo de procesos industriales ambientalmente apropiados que promuevan la obtención del máximo valor agregado y el mayor empleo de mano de obra argentina”; declarándose, sobre la base de estos objetivos generales, en el art. 17 que “La pesca en todos los espacios marítimos bajo jurisdicción argentina, estará sujeta a las restricciones que establezca el Consejo Federal Pesquero con fundamento en la conservación de los recur-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

sos, con el objeto de evitar excesos de explotación y prevenir efectos dañosos sobre el entorno y la unidad del sistema ecológico”.

En cuanto a la República Oriental del Uruguay, tras el Decreto n° 604/969 de 3 de diciembre de 1969 por el que se procedía a extender la soberanía más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores a una zona de mar territorial de doscientas millas marinas (art.1), y la Ley n° 13.833, de 29 de diciembre de 1969, sobre Riquezas del Mar, por la se venía a declarar de interés nacional la explotación, la preservación y el estudio de las riquezas del mar (art. 1 y art. 15), este país vendría a adoptar, en noviembre de 1998, la Ley N° 17.033 por la que dictan normas referentes a mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental de la República, y en la que desde una técnica de remisión a la Convención de 1982 se reconocen las obligaciones de conservación y administración de los recursos vivos de su zona económica exclusiva (art. 6).

Y por lo que se refiere a Brasil, hay que señalar, igualmente, que habiendo extendido, por Decreto Ley n° 1098, de 25 de marzo de 1970, su mar territorial hasta una distancia de 200 millas marinas (art.1, pfo.1) -aunque distinguiendo ya posteriormente, por Ley n° 8.617 de 4 de enero de 1993, entre un espacio de mar territorial *stricto sensu* y otro de zona económica exclusiva-, procedería progresivamente, aunque con mayor lentitud y dificultad que sus vecinos, a dictar una normativa especializada en materia de administración y conservación de los recursos vivos del mar, tal como lo demuestran los sucesivos Planes Sectoriales para los Recursos del Mar (PSRM) aprobados a partir de 1982, hasta el vigente VI Plan Sectorial (2004-2007), en el que se reafirma la relevancia que adquiere el aprovechamiento sostenible de los recursos vivos del mar desde los puntos de vista económico, social y ecológico (punto 4).

Ahora bien, aunque cada uno de los Estados ribereños del Atlántico Sudoccidental han procurado, a través de medidas unilaterales, aplicar planes de administración de los recursos marinos, la eficacia de dichos planes solo ha sido muy relativa, como consecuencia, entre otras razones, de una falta de medios económicos y tecnológicos, de la frágil voluntad política demostrada por las Administraciones públicas, y en estrecha conexión con todo ello de la ausencia de una práctica de cooperación internacional entre los Estados vecinos destinada a la articulación de planes de concertación comunes en materia de administración y conservación de los recursos pesqueros.

Aun habiendo sido numerosas, durante los últimos años, las resoluciones, emanadas de los organismos administrativos de la

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Republica Argentina, por las que se han establecido, entre otras medidas y dentro de las innumerables cuestiones que plantea la administración y conservación de los recursos del mar, límites a los esfuerzos pesqueros sobre diversas especies, o regulaciones sobre las artes de pesca, ello no ha significado -como se ha advertido a nivel doctrinal (Rey Caro, Marcionni...) y desde las propias instancias oficiales- que se hayan alcanzado metas óptimas en todas las épocas, ni que las extraordinarias riquezas de estos espacios hayan gravitado mayormente en su economía -ni tampoco que se hayan desarrollado hábitos en orden a procurar un mayor consumo de estos productos entre la población-; por ello, pese a que en los últimos tiempos parece que se ha registrado una rectificación de las políticas tradicionales que ha permitido elevar las capturas dentro del marco de una actividad responsable, es indiscutible que tal tendencia debe ser alentada y asegurada a través de un cuerpo normativo flexible pero estricto en cuanto a los objetivos conservacionistas reclamados por las organizaciones internacionales pertinentes e incorporados en los últimos instrumentos internacionales, sean o no convencionales.

De forma más alarmante, también Brasil ha venido padeciendo importantes dificultades para poner en práctica sus planes de administración y conservación de los recursos marinos. En los sucesivos Planes Sectoriales para los Recursos del Mar, a los que ya nos hemos referido, se ha venido advirtiendo sobre los graves problemas que se padecen en el ámbito de la administración de los recursos pesqueros, como consecuencia, entre otros factores, de la falta de conocimientos científicos, y por tanto de datos, sobre el estado de los stocks, y cuando se dispone de ellos de una falta de voluntad política para implantar las medidas de conservación adecuadas. En particular, en el vigente VI Plan Sectorial se pone de relieve que la utilización de los recursos vivos del mar, como objeto de actividad pesquera, se ha producido, a lo largo de su historia, de modo desordenado y mal planificada, habiendo estado centrada casi exclusivamente sobre los recursos costeros; lo que ha generado que gran parte de los stocks pesqueros marinos se encuentren actualmente en situación evidente de sobrepesca, enfrentándose, así, el sector pesquero a una grave crisis económica y social (punto 4.1). Se hace necesario por ello inventariar los recursos vivos de la zona económica exclusiva -procediendo a la identificación de recursos nuevos-, determinar su biomasa y establecer los potenciales de captura; a lo que se suma además la oportunidad de avanzar en los estudios de tecnología pesquera, tendentes a desarrollar y adaptar las artes de pesca, los equipamientos y las embarcaciones; centrándose igualmente también en los aspectos socioeconómicos, y en la organiza-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ción productiva pesquera, fomentando un aumento del mercado consumidor de pescado.

Es por todo ello, como decimos, que sólo a través de la cooperación regional y/o subregional será posible asegurar tanto el compromiso político de cada uno de los Estados vecinos en favor de una racional administración de los recursos vivos, como los medios necesarios para alcanzar tales objetivos.

Bien es cierto, que las acciones unilaterales de apropiación marítima, centradas en el progresivo establecimiento de zonas económicas exclusivas, han representado un paso sumamente relevante en orden a alcanzar una más racional ordenación de los recursos vivos del mar -y ello aun sin desconocer las posiciones encontradas que tal reflexión sigue suscitando-. Es posible admitir, a nuestro juicio, que el fenómeno de nacionalismo marítimo ha dibujado un panorama de consecuencias más favorables que el mantenimiento de aquel régimen de libertad de pesca irrestricta que, conforme al Derecho del Mar clásico, venía dominando sobre espacios antes pertenecientes a la alta mar.

Pero, aun sobre la base de una constatación como ésta, se ha podido advertir igualmente que las políticas de conservación aplicadas por los distintos Estados ribereños de forma unilateral y por relación exclusivamente a los recursos vivos situados en los espacios marítimos de jurisdicción nacional no permitirán por sí mismas resultados plenamente operativos y eficaces, de cara a los objetivos finales de administración y conservación de las especies que se persiguen. Sin duda, dichas políticas han de resultar trascendidas por una dinámica de cooperación internacional concebida desde muy distintos ángulos y perspectivas.

Por razones biológicas y conservacionistas, y aun desde una perspectiva de defensa de los intereses socioeconómicos de los Estados ribereños, la coordinación de las políticas de administración y conservación de los recursos vivos situados en el interior de las zonas económicas exclusivas de Estados vecinos, adquiere una especial significación y trascendencia, sobre todo, cuando en dichas zonas se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, y especies altamente migratorias.

Por relación a este último tipo de stocks, trasciende la necesidad de que las medidas de conservación que se adopten resulten de aplicación a todo el área de movilidad y migración de tales poblaciones pesqueras; lo cual solo será posible mediante la elaboración, por parte de los países que tengan stocks en común, de planes de conservación y administración concertados conjuntamente, tal como se reconoce en la Convención de 1982 al disponerse que, cuando en las

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

zonas económicas exclusivas de dos o más Estados ribereños se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, estos Estados procurarán, directamente o por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas, acordar las medidas necesarias para coordinar y asegurar la conservación y el desarrollo de dichas poblaciones (art. 63.1).

Y aunque la Convención de 1982 formula esta obligación de cooperación bajo el signo de una cierta debilidad o fragilidad, esto es más como una obligación de comportamiento que de resultado, en la medida en que, como se dice, los Estados “procurarán” adoptar las medidas de conservación necesarias, el desarrollo de las legislaciones estatales y la práctica internacional en la materia permiten apreciar un progresivo reconocimiento sobre el valor de esta obligación de cooperación, y en especial sobre la necesidad de fortalecer el papel de las organizaciones regionales o subregionales de pesquerías, en tanto que técnica instrumental particularmente idónea para alcanzar los objetivos referidos.

Ahora bien, la práctica de cooperación desarrollada en este ámbito por los Estados vecinos del Atlántico Sudoccidental resulta, según venimos advirtiendo, limitada.

En términos generales, no podemos olvidar que si en el origen del proceso de revisión del Derecho del Mar clásico, y en particular del desarrollo y consolidación de la figura de la zona económica exclusiva, hay que situar las acciones unilaterales de reivindicación marítima practicadas por los Estados latinoamericanos, también la experiencia latinoamericana nos ofrece, ya desde aquellos primeros momentos, una buena prueba del valor que las acciones de cooperación internacional representan de cara a alcanzar los objetivos de desarrollo y conservación de los recursos vivos.

Recordemos la creación tan temprana, ya en 1952, de organismos como la Comisión Permanente del Pacífico Sur, con el fin de desarrollar los objetivos proclamados en la Declaración de Santiago, y en particular con el objetivo de coordinar las políticas de conservación adoptadas por Chile, Ecuador y Perú en el interior de sus respectivas zonas marítimas; experiencias de cooperación que se van a repetir en otras áreas subregionales de América Latina y del Caribe, y que se van a afirmar y promover incluso a nivel regional desde la acción destacada, por ejemplo, de la *Organización Latinoamericana de Desarrollo Pesquero (OLDEPESCA)*.

Los países latinoamericanos parecen haber percibido siempre, y cada vez con mayor intensidad, que el valor auténticamente operativo de sus acciones de apropiación marítima sólo es posible alcanzarlo en un contexto de cooperación. Ahora bien, aun sobre la base

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de una afirmación general como ésta, no hay que dejar de advertir que, frente a la práctica desarrollada en este sentido en otros espacios subregionales (Estados ribereños del Pacífico, y del Caribe) -con resultados no siempre demasiado eficaces-, la experiencia de cooperación el área del Atlántico Sudoccidental resulta, como hemos dicho, más limitada -no desde la perspectiva de los resultados perseguidos y alcanzados, sino en cuanto a los socios participantes y el área geográfica objeto de reglamentación-.

La practica relativa a esta área se centra -dejando a un lado proyectos de cooperación bilateral fallidos como el que representó el Acuerdo de pesca y preservación de recursos vivos, entre Brasil y Uruguay, celebrado en 1968- en la experiencia de cooperación practicada entre Argentina y Uruguay por relación al *Frente Marítimo del Río de la Plata*. En virtud del Tratado del Río de la Plata, adoptado en 1973 (entrada en vigor el 12-II-1974), se dispuso por relación a su Frente Marítimo la creación de una Zona Común de Pesca (que ocupa parte de la zona económica exclusiva argentina, y la casi totalidad del mar territorial -más allá de las doce millas- de Uruguay) (art.73), en la que los buques de ambos Estados ribereños pueden pescar libremente, aunque con arreglo a las medidas para la explotación racional de las especies dictadas por una Comisión Técnica Mixta, la cual se encarga de fijar los volúmenes de captura por especie y de distribuirlos entre cada uno de los dos socios. Se trata de una experiencia que, si bien no ha dejado de suscitar ciertas dificultades relacionadas con los criterios aplicables para la distribución de los volúmenes de captura por especies, ha venido funcionando, en términos generales y hasta el día de hoy, satisfactoriamente.

1.2. La articulación de una Política de Pesca Común en el proceso de integración del MERCOSUR

Ahora bien, aunque la practica de cooperación en el Frente Marítimo del Río de la Plata ofrece un balance fructífero, hay que advertir, sin embargo, que muy distintos factores y razones aconsejan, a nuestro juicio, extender esa dinámica de cooperación al conjunto de los espacios de zona económica exclusiva que ocupan el Atlántico Sudoccidental (y que, por tanto, pertenecen respectivamente a Brasil, Uruguay y Argentina).

Trascienden, ante todo, razones estrictamente biológicas y ambientales, relacionadas con una eficaz gestión de los recursos compartidos que existen en toda esta área, y por tanto la oportunidad de articular -desde una dinámica de cooperación- planes de conservación y administración de las pesquerías más amplios y globales. De ahí que el fenómeno de integración socioeconómica en torno al que

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

vienen dinamizando sus relaciones los Estados ribereños del Atlántico Sudoccidental, representa, tal como venimos defendiendo, una oportunidad única e histórica para ensayar y conducir con éxito esos objetivos de cooperación en el ámbito marítimo-pesquero; dando, por lo demás, así, pleno cumplimiento a sus obligaciones jurídico-marítimas internacionales.

La progresiva consolidación del fenómeno de integración que representa el Mercosur, nos sitúa ante la realidad de un instrumento no solo especialmente idóneo, sino también, y por su propia esencia, definitivamente abocado -en la perspectiva del carácter evolutivo que caracteriza el proceso integrador-, a incluir y abordar entre los ámbitos objeto de atención un sector tan crucial y con perspectivas de futuro como el de la pesca.

Conforme a los objetivos de profundización del proceso integrador, y por tanto de avance hacia la construcción de un Mercado Común, y de “relacionamiento externo” del Mercosur, trasciende, como decimos, la oportunidad de incorporar al proyecto integracionista un sector como el de la pesca, mediante, por tanto, la configuración de una Política de Pesca Común (PPC).

En este sentido, y frente a la desatención de que viene siendo objeto hasta el momento un ámbito como éste, ya desde ciertos círculos doctrinales latinoamericanos, se han avanzado propuestas en favor de una Política de Pesca Común para el MERCOSUR (Dromi, Magariños...). Sin olvidar las consecuencias que se derivan del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, adoptado en 2001, en el que, resaltando los Estados Partes la necesidad de cooperar para la protección del medio ambiente y la utilización sustentable de los recursos naturales, con vistas a alcanzar una mejor calidad de vida y un desarrollo económico, social y ambiental sustentable, se incluye entre las áreas temáticas objeto de la ejecución del Acuerdo la “pesca sustentable”.

Se trata de la articulación de una *Política de Pesca Común* cuya formulación y desarrollo podría tener lugar -tomando como *modelo* la propia experiencia del Frente Marítimo del Río de la Plata, y aun como *marco de referencia* otros esquemas de integración regional, y en particular la Política Pesquera Común de la Comunidad Europea (formalizada en los años 80, revisada en la década de los 90, y *reformada en 2002* a través de un nuevo paquetes de medidas)- conforme a los siguientes criterios y elementos de orden sustantivo:

La PPC del MERCOSUR ha de girar, ante todo, en torno a la planificación de una *política de administración y conservación de los recursos vivos*. Lo que exige, una vez determinada el área global de cooperación (el conjunto de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños de la subregión que integran el Mercosur), partir de una

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

política de investigación científica marina capaz de ofrecer un conocimiento cabal y global de los stocks situados en toda la región, contribuyendo, así, a superar -en beneficio del interés común, y en cumplimiento de las obligaciones de cooperación internacional sentadas al respecto en los arts. 242 a 244 de la Convención de 1982- las especiales dificultades que al respecto parecen venir padeciendo alguno de los socios.

Una política de investigación a partir de la cual, atendiendo a la realidad biológica del área en su conjunto, se posibilite no sólo frenar los resultados de sobreexplotación de algunas especies, sino también potenciar la explotación de otras nuevas, y aun procurar el mejor rendimiento de especies subexplotadas; y ello mediante la fijación, en todo caso, de las oportunas *medidas de conservación y administración* centradas tanto en la adopción de *medidas técnicas* relativas, por ejemplo, al mallaje, talla de los peces, prohibición de pescar ciertas especies en ciertas zonas a lo largo de ciertos periodos, y/o restricciones a la utilización de ciertos tipos de artes o de barcos, como en la fijación de *medidas cuantitativas*, mediante, en particular, el establecimiento de totales admisibles de capturas (TAC) por stock o grupos de stocks, objeto de reparto por medio de cuotas entre los distintos socios del MERCOSUR.

Y en estrecha relación con la política de conservación y gestión de los recursos, adquiere también una especial trascendencia la formulación de una *política de estructuras*, capaz de permitir una modernización y potenciación de las flotas de los Estados miembros, en muchos casos obsoletas y poco eficaces, inyectando así una mayor eficiencia y competitividad a la industria latinoamericana de la pesca; todo lo cual exige, a su vez, prestar una particular atención al *régimen de mercados*, y en concreto a los aspectos de comercialización de los productos, tanto con vistas a asegurar el régimen de exportaciones, como un mayor incremento del mercado consumidor interno. Habrá que prestar especial atención a los aspectos de comercialización, los cuales serán determinantes para el futuro de las exportaciones pesqueras latinoamericanas. Pero al mismo tiempo, también destaca la necesidad de potenciar los mercados internos consumidores de pescado, conforme al ligero aumento que se observa en la demanda interna; lo que justifica la oportunidad de definir, en un ámbito subregional como el que representa el MERCOSUR, una *organización común de mercados* en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, mediante, entre otros elementos: la aplicación de *normas comunes de comercialización*, la creación de *organizaciones de productores*, y un *régimen de precios*.

Una Política de Pesca Común vertebrada, en definitiva, en torno a un régimen de conservación y gestión de los recursos, una política

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de estructuras, y una organización común de mercados, cuyo éxito depende, además y en última instancia, de la aplicación eficaz de un régimen de control de todos los aspectos de esta política; es decir de la adopción de *normas de control* de las medidas de conservación y gestión de los recursos, de las medidas estructurales y de las medidas relacionadas con la organización común de mercados, así como de disposiciones capaces de sancionar los casos de incumplimiento de dichas medidas; sobresaliendo, en particular, el interés de una política de vigilancia y control capaz de asegurar el estricto cumplimiento de las medidas de conservación, resultando a estos efectos la cooperación entre los Estados de la subregión el medio más operativo a través del cual poder adoptar medidas de ejecución auténticamente eficaces.

1.3. Las relaciones de cooperación entre el MERCOSUR y la UNIÓN EUROPEA en materia de pesquerías

La formulación de una PPC ha de ser concebida desde no sólo una perspectiva estrictamente interna, sino también desde una *dimensión externa* basada en el juego de unas relaciones exteriores de cooperación con terceros países, organizaciones internacionales, y otros bloques regionales, en virtud de la cual el régimen de acuerdos bilaterales entre cada uno de los Estados parte y terceros Estados no sólo se dinamice, sino que además se reconduzca desde el enfoque integrador y, por tanto, desde el frente común que representa el MERCOSUR.

Ciertamente, la profundización del proceso de integración del MERCOSUR también exige prestar una especial atención a la “agenda externa”, en orden a procurar, desde la perspectiva de su “relacionamiento externo, su plena inserción regional e internacional. Pues bien, conforme a un enfoque como éste, la planificación de una Política de Pesca Común implica formular, al ritmo de su propia vertebración interna, un *plan de adopción de acuerdos pesqueros con terceros*, toda vez que la cooperación con aquellos Estados con mayor experiencia y capacidades en el ámbito pesquero, contribuirá decisivamente a satisfacer los intereses que proyectan los Estados parte del MERCOSUR sobre sus espacios marítimos adyacentes, en orden a la conservación de los recursos y el desarrollo socioeconómico de sus pueblos.

Sólo si se percibe la íntima y estrecha complementariedad que existe entre esa doble dimensión interna y externa será posible planificar una eficaz PPC; trascendiendo, a nuestro juicio, de forma muy destacada, y por relación a cualquier posible plan de acción exterior del MERCOSUR en este ámbito, la conveniencia de prestar una especial atención a la Comunidad Europea (CE).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Desde esta última perspectiva habría que recordar que, conforme a los cambios que se operan, con carácter general y desde principios de la década de los 90, en el juego de las relaciones internacionales, en un contexto de globalización y de dinamización de los procesos de integración regional -según modelos de apertura al exterior-, se va a iniciar, en el marco de un proceso de reformulación de las relaciones de cooperación entre la CE y América Latina, el juego de unas relaciones pesqueras entre ambos espacios regionales, al constatarse el alto interés que tiene para todas las partes la adopción de acuerdos internacionales en materia de pesquerías -tanto desde el lado latinoamericano, y en orden a la potenciación de las políticas de conservación y desarrollo pesquero que vienen practicando o buscan practicar estos países, como desde el lado de la Comunidad Europea, en orden a paliar la crisis y los desajustes que padece en el terreno pesquero-.

Ciertamente, será a partir de los años 90 cuando -habiendo enfatizado la Comisión Europea, en el contexto del proceso de revisión que en aquel tiempo se produciría de la PPC, que la política de acuerdos de pesca constituía un factor esencial para salvaguardar una parte importante del sector de la pesca- se va a producir la aprobación por el Consejo de un mandato de negociación con los países de América Latina, lo cual supuso uno de los grandes cambios de la política comunitaria en materia de acuerdos de pesca, tanto desde el punto de vista de la nueva área regional y los nuevos socios a los que se abría el régimen pesquero comunitario, como desde una dimensión sustantiva, toda vez que se trataba de negociar un nuevo tipo de acuerdos, de “segunda generación”, en virtud de los cuales el acceso a las posibilidades de pesca en las aguas de los países asociados no se basaría en la concesión de licencias por parte de los países asociados, sino en la constitución de sociedades mixtas y asociaciones de empresas del sector pesquero entre armadores comunitarios y los agentes del tercer país en cuestión. Acuerdos de “segunda generación”, por los que, en definitiva, se trata de tener en cuenta las posibilidades comerciales de países con sectores pesqueros desarrollados, favoreciendo los intereses socioeconómicos y estructurales de todas las partes.

Atendiendo a un juego de intereses recíprocos como el expuesto, y conforme a las directrices señaladas, tuvo lugar, el 30 de noviembre de 1992, la adopción del *Acuerdo entre la Comunidad Europea y Argentina sobre relaciones en materia de pesca marítima* (el Acuerdo entró en vigor el 24 de mayo de 1994, con un periodo de validez de cinco años, pudiendo continuar vigente por periodos adicionales de dos años, salvo denuncia por escrito de una de las Partes hecha por

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

lo menos seis meses antes de la expiración del periodo inicial y de los periodos adicionales -art.12.1-). Un Acuerdo, sin duda, paradigmático, no solo por razón de ser el primero celebrado por la CE con un país latinoamericano, sino también por su contenido sustantivo, en tanto, como acuerdo de “segunda generación”, abría, en efecto, un nuevo tipo de cooperación en el sector de la pesca marítima centrado en la promoción de sociedades mixtas y radicación de empresas y en la constitución de asociaciones temporales de empresas, contribuyendo, así, a cumplir al tiempo que los objetivos de reestructuración de las flotas de la Comunidad, los objetivos de renovación y reconversión de la flota argentina, promoviendo la explotación racional de los recursos a largo plazo.

Pues bien, aun representando una experiencia no exenta de graves periodos de crisis y tensiones, el Acuerdo entre la CE y Argentina -que expiraría en 1999- debería servir como instrumento de referencia para la celebración de nuevos acuerdos en materia de pesquerías con países de América Latina, y en particular ribereños del Atlántico sudoccidental, atendiendo al nuevo modelo de *Acuerdos de Asociación Pesqueros con terceros países* -en el marco de la revisión de la PPC iniciada en 2002-, en virtud del cual se busca asegurar la aplicación de una política de pesca sostenible y la explotación racional y responsable de los recursos, en interés de ambas partes, mediante el pago de una contribución financiera que dejará de concebirse exclusivamente como pago por los derechos de acceso a las posibilidades de pesca en beneficio de las empresa pesqueras europeas; estableciéndose una clara distinción entre: -la parte de la contribución financiera dada a cambio de las posibilidades de pesca ofrecidas a los pesqueros europeos (el sector privado asumirá progresivamente una mayor responsabilidad en el pago de dicha contribución)-; y la parte de la contribución financiera dedicada a las acciones asociadas de pesca, tales como evaluación de poblaciones, seguimiento de control y actividades de vigilancia.

No debiendo descartar, además, la gestación de un futuro Acuerdo de cooperación en la materia entre ambos espacios regionales, la Comunidad Europea y el MERCOSUR -una vez que este último grupo regional haya comenzado a articular su propia Política de Pesca Común, conforme a la directrices que ya hemos expuesto- en el contexto de las perspectivas abiertas por el *Acuerdo Marco Interregional de cooperación adoptado entre la Comunidad Europea y el MERCOSUR* en 1995.

Ahora bien, en todo caso, se exige un cada vez más firme compromiso de todas las partes por asentar la cooperación en el respeto de los grandes principios que inspiran el nuevo Derecho del Mar -principios de conservación y administración racional de los recur-

tos-. La Unión Europea debe, efectivamente, mostrar como entidad pesquera responsable, una actitud activa y constructiva en la fase de ejecución de los grandes instrumentos internacionales en torno a los que hoy se vértebra el nuevo Derecho Internacional de las pesquerías; aceptando, como así parece percibirlo cada vez con mayor énfasis, que los acuerdos que se celebren en el futuro deberán adaptarse a los cambios políticos y jurídicos y a las expectativas de los distintos socios, integrando los aspectos socioeconómicos particulares de cada país, y estableciendo el marco de cooperación que sea mas adecuado a largo plazo; a cuyo efecto habrá que aceptar, con todas las consecuencias que ello entraña, que a medida que se produzca una evolución en el desarrollo de los sectores pesqueros de terceros Estados, irremisiblemente se producirá una reducción de las posibilidades de pesca para la flota comunitaria.

2. El MERCOSUR ante los objetivos de conservación y administración de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios en el área del Atlántico Sudoccidental. Entre el unilateralismo y la cooperación

2.1. La frágil articulación del régimen de conservación y administración de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982

El interés, en general, de los Estados ribereños con grandes fachadas oceánicas, como, en particular, de los Estados ribereños del Atlántico Sudoccidental, por la conservación y administración de los recursos vivos del mar no se limita a los espacios de zona económica exclusiva, sino que también se proyecta sobre espacios de alta mar adyacentes a sus respectivas zonas económicas exclusivas, como consecuencia igualmente de la realidad biológica de unas poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios cuya área de distribución se localiza simultanea o sucesivamente entre un espacio (o espacios) de zona económica exclusiva y ciertos espacios de alta mar más o menos adyacentes a esas zonas económicas exclusivas. La explotación irrestricta y descontrolada de una de estas poblaciones por buques de terceros Estados, por buques de pesca a distancia, en una zona de mar mas allá de las 200 millas, podría llegar a dejar sin efecto los planes de conservación de los recursos promovidos por los Estados ribereños sobre sus zonas económicas exclusivas, con las consiguientes repercusiones (biológicas y económicas) tanto para el ribereño como para la comunidad internacional.

La urgente necesidad de procurar una racional conservación y

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

administración de estas poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias, mediante planes concertados conjuntamente por todas las partes interesadas -es decir por los Estados ribereños y los Estados de pesca a distancia-, ya se suscitó en el marco de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuando ciertos Estados ribereños, y de manera muy destacada, entre ellos, algunos Estados latinoamericanos -Argentina y Uruguay...- manifestarían su profundo interés y preocupación por articular un más definido y acabado régimen de administración y conservación de las pesquerías en alta mar, intentado introducir cláusulas más estrictas que las que finalmente se recogieron en la Convención de 1982.

Pues no hay que olvidar que las formulaciones que al respecto se contienen en la Convención de 1982, aunque sin duda representan un avance respecto al Derecho del Mar clásico, resultan expresivas de un frágil resultado, a la vista, sobre todo, de la debilidad e imprecisión que les caracteriza.

Bien es cierto que, el ejercicio de la libertad de pesca en alta mar está sujeta hoy a muy importantes limitaciones, tales como las que se derivan, básicamente, del art. 116 de la Convención de 1982; resulta innegable que, con carácter general, todos los Estados, a los efectos de realizar actividades de pesca en la alta mar, están obligados a adoptar medidas de conservación, y a cooperar, por medio de organizaciones subregionales o regionales de pesca, con el fin de establecer dichas medidas conservacionistas, y aun, con carácter más particular, a reconocer, tal como se enuncia en el art. 116.b), los derechos y deberes así como los intereses de los Estados ribereños que se estipulan, entre otras disposiciones, en el párrafo 2 del art. 63 y en los arts. 64 a 67; disposiciones entre las que, sin duda, destaca aquella por la que se establece que “cuando tanto en la zona económica exclusiva como en un área más allá de ésta y adyacente a ella se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, el Estado ribereño y los Estados que pesquen esas poblaciones en el área adyacente procurarán, directamente o por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas, acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente” (art. 63.2). Ahora bien, no es menos cierto que el valor de una obligación de cooperación como esta última resultara, en todo caso, incierta, al debatirse su alcance real entre los límites -aunque indeterminados- que se derivan de una disposición como la del art. 116.b), cuando afirma que las actividades de pesca en alta mar sólo se podrán realizar con sujeción a los derechos, deberes e intereses del Estado ribereño, y la propia debilidad de aquella obligación de cooperación (art. 63.2), en la que se encierra una mera obligación de comportamiento, y no de resultado.

La práctica internacional, en última instancia, ha venido demostrando, como se ha dicho, que los Estados de pesca a distancia han puesto, al menos hasta estos últimos tiempos, más énfasis en el principio de libertad que en sus obligaciones de conservación y cooperación. Y de ello da buena prueba, entre otros datos, la escasa operatividad de las Organizaciones internacionales regionales o sub-regionales de pesquerías que han venido y aún vienen funcionando en el medio internacional. Ciertamente, si desde una aproximación puramente teórica, el fenómeno de las organizaciones internacionales de pesquerías representa la técnica instrumental más idónea para alcanzar los objetivos conservacionistas que se persiguen, la propia práctica evidencia la fragilidad que tradicionalmente y en términos generales ha venido caracterizando su capacidad de acción, sobre todo si tenemos en cuenta -entre otros elementos que se podrían destacar- que tanto por su composición (al no incluir a todos los Estados que se dedican a la pesca en el área regional objeto de reglamentación) como por sus competencias (la fragilidad que trasciende en cuanto al procedimiento de toma de decisiones, el valor y alcance de los actos jurídicos adoptados, y los mecanismos de vigilancia, control y ejecución), han venido resultando extraordinariamente inoperativas, tal como se ha venido poniendo de manifiesto por la FAO, y el Secretario General de Naciones Unidas en sus sucesivos Informes sobre “Los océanos y el derecho del mar”.

2.2. Las prácticas unilaterales de los Estados ribereños sobre espacios de alta mar en orden a la conservación de especies transzonales

Ante una evidencia como ésta, algunos Estados ribereños, y entre ellos, de manera sobresaliente, Estados latinoamericanos ribereños del Atlántico Sudoccidental, Argentina y Uruguay fundamentalmente, han mantenido viva, tras la adopción del Convenio de 1982, su actitud reivindicacionista, de cara a articular regímenes e instrumentos más consolidados y capaces de atender eficazmente a los objetivos de conservación de las poblaciones de peces transzonales. Y ello desde una posición ejercida en un doble frente, pues casi al mismo tiempo que se promovían *contactos multilaterales* con el fin de negociar y adoptar instrumentos convencionales tendentes a fortalecer las disposiciones contenidas en la Convención de 1982, se iniciaba una tendencia de enfoques o aproximaciones de carácter *unilateral*, por la cual diversos Estados a través de actos legislativos internos procedían a proyectar ciertas competencias reglamentarias sobre espacios de alta mar adyacentes a sus respectivas zonas económicas exclusivas.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Una tendencia de carácter unilateral en virtud de la cual estos Estados decidían extender, por medio de sus legislaciones internas, la aplicación de sus reglamentaciones de ordenación pesquera sobre áreas de alta mar adyacentes a sus respectivas zonas económicas exclusivas, a los efectos de promover la conservación de los recursos vivos existentes en las mismas.

Se trata de una práctica -calificada, de forma bastante desafortunada, como de “jurisdicción rampante” (*creeping jurisdiction*)- que, si bien sigue resultando todavía escasa, y en cierta medida ambigua -lo que desde luego impide afirmar la existencia de una nueva regla de Derecho Internacional general en la materia-, representa una tendencia que ha suscitado y suscita, sin duda, el recelo de los Estados de pesca a distancia, y una creciente preocupación en la comunidad internacional por las consecuencias que se podrían derivar de un nuevo proceso de “apropiación” (por los Estados ribereños) de espacios de alta mar.

De entre los Estados que iniciaron esta práctica, cabe referirse en primer lugar a *Chile* que por Ley 19.080 de 28 de agosto de 1991, vendría a disponer que la Ley general de pesca de 22 de diciembre de 1989 resultará también de aplicación a “aquella parte del alta mar, existente para la comunidad internacional entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la Isla de Pascua, se prolonga desde el paralelo del hito número 1 de la línea fronteriza internacional que separa Chile y Perú hasta el Polo Sur” -es decir aquella parte del mar que, siguiendo la formulación del Almirante Bush, recibe la denominación de Marpresencial-.

Y en la línea de la práctica chilena, también otros Estados han dictado disposiciones legislativas más o menos similares; es el caso, por ejemplo, de Canadá, Islandia, Perú, Colombia, México, Uruguay y Argentina.

Desde de la tensión y polémica que han suscitado estas prácticas estatales, se ha argumentado, en ciertos círculos doctrinales, y entre otros razonamientos que se han avanzado, que tal extensión discrecional y unilateral de la jurisdicción pesquera del Estado ribereño es contraria al deber de cooperar establecido en el art. 63.2 de la Convención de 1982, y aun al art. 89, según el cual ningún Estado puede pretender legítimamente someter cualquier parte del alta mar a su soberanía.

Se trata, sin embargo y a nuestro juicio, de una práctica legislativa que, aunque representa una extensión de las competencias reglamentarias del Estado ribereño sobre ciertos espacios de alta mar, a los efectos de conservación de los recursos vivos transzonales, no

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

conlleve, en términos generales, ningún tipo de reivindicación territorial, ni de ejercicio de competencias jurisdiccionales del ribereño sobre los buques de terceros Estados en tales espacios, pues dichos actos legislativos o bien no incluyen ninguna referencia a posibles medidas de control y ejecución que podría tomar el Estado ribereño -como la ley argentina-, o bien se limitan a prohibir el desembarco en sus puertos de las capturas realizadas por buques extranjeros que no cumplan con tales disposiciones, o incluso a realizar cualquier tipo de escala técnica en los mismos -según se dispone, por ejemplo, en las legislaciones de Chile e Islandia-.

Desde una perspectiva como ésta, los Estados ribereños tendrán derecho a adoptar medidas unilaterales de conservación de los recursos vivos en áreas de alta mar adyacentes a su zona económica exclusiva, en el supuesto de que las obligaciones de cooperación estipuladas en la Convención de 1982 (art. 63.2) resultasen infructuosas o incumplidas, y ello como consecuencia de los derechos, obligaciones e intereses que la Convención reconoce (art. 116.b), en todo caso, al Estado ribereño, pues en estos casos, habiéndose admitido la estrecha interdependencia que existe entre ambas áreas marinas, el derecho y obligación de conservación de los recursos vivos de la zona económica exclusiva que se atribuye al Estado costero trascendería con todo su valor y alcance, y se proyectaría sobre estas áreas de alta mar, mediante una extensión de la capacidad reglamentaria del ribereño, siempre y cuando ello no conlleve consecuencias territoriales y/o jurisdiccionales, sino sólo la adopción de medidas destinada a influir o presionar conforme a los mecanismos propios y legítimos del Derecho Internacional, sobre los Estados de pesca a distancia.

2.3. La cooperación a través de la acción de Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera. El Acuerdo de Nueva York de 1995: su aplicación y revisión

Ahora bien, aun sin perder de vista el sentido desde el que, a nuestro juicio, hay que valorar la naturaleza y alcance de estos actos legislativos estatales, no hay que dejar de reconocer que los enfoques o aproximaciones de carácter unilateral no representan la mejor opción de cara a una resolución de los problemas que suscita el régimen de conservación de las poblaciones de peces transzonales. A todas luces, la *dinámica de cooperación* se presenta como la más operativa, según se enfatiza ya en la propia Convención de 1982, y tal como de uno u otro modo ha venido a reconocerlo la generalidad de los Estados, en muy distintos foros de diálogo y negociación, y a través de la adopción de muy diversos instrumentos internacionales.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Ciertamente, desde el plano de los contactos multilaterales, hay que destacar que ya durante los años 80, pero sobre todo en la década de los 90, se han producido varios acontecimientos de gran importancia en la esfera de la pesca marítima a nivel mundial; buscando responder de manera sustantiva a la necesidad de una utilización racional y sostenible a largo plazo de los recursos de pesca de la alta mar. Habiéndose formalizado instrumentos de cooperación internacional de gran interés y relevancia; destacando, sobre todo, por su naturaleza, alcance y contenido el *Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios*. El Acuerdo, que se abrió a la firma, en Nueva York el 4 de diciembre de 1995 y entró en vigor el 11 de diciembre de 2001, representa, sin duda, junto a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el marco jurídico fundamental para la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, desde la perspectiva, básicamente, de la articulación de *organizaciones regionales de ordenación pesquera* auténticamente eficaces y operativas.

El compromiso manifestado por todos los Estados de avanzar en la consolidación de un más eficaz régimen de las pesquerías para la alta mar, exige manifestaciones de una definida voluntad política, lo que, sin duda, se concretaría y expresaría por medio de su voluntad en obligarse por el Acuerdo de Nueva York de 1995 -hasta el momento son 64 los Estados parte-, aun sin desconocer los recelos que siguen suscitando algunas partes o cláusulas de este instrumento, tanto entre Estados de pesca a distancia como entre Estados ribereños, tal como se volverían a patentizar en la *Conferencia de revisión del Acuerdo* celebrada del 22 al 26 de mayo de 2006.

Las diferencias o incertidumbres que, en cuanto a la interpretación o determinación de criterios de aplicación, han venido generando ciertas cláusulas del Acuerdo -impidiendo una participación mayoritaria de los Estados en el mismo- podrían cifrarse, fundamentalmente y entre otras -y desde las posiciones mantenidas en particular por países latinoamericanos-, en las siguientes: art.4 (relación entre el Acuerdo y la Convención), al advertir sobre la oportunidad de reafirmar los derechos que la Convención ha otorgado a los Estados ribereños, particularmente en lo que se refiere a su rol en la conservación y administración de los recursos vivos; art. 7 (compatibilidad de las medidas de conservación y de ordenación), desde la perspectiva de mantener que ningún Estado puede ser obligado a aplicar medida alguna dentro de su ZEE o que contradiga o menosca-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

be el libre ejercicio de sus derechos soberanos -los artículos 5, 6 y 7 del Acuerdo no podrían, consiguientemente, ser interpretados o aplicados en detrimento de tales derechos soberanos-; art. 8, en relación a la necesidad de definir y precisar el concepto de “interés real” mencionado en el párrafo tercero de dicho artículo, a través del cual se habilita la participación de los Estados en los acuerdos regionales de pesca, y en el sentido de que el “interés” debería ser interpretado como un ejercicio habitual y establecido de la pesca y con un mínimo de historia pesquera respecto de las especies objetivo en las áreas de aplicación correspondientes; arts. 21 (cooperación subregional y regional con fines de ejecución), y 22 (procedimientos básicos para la visita y la inspección con arreglo al artículo 21), al estimarse que frente a la posibilidad de realizar visitas de inspección y abordaje por parte de inspectores de países diferentes a los de la bandera del buque, existen otros sistemas que se están desarrollando en las organizaciones regionales y que permiten una adecuada supervisión y vigilancia de las operaciones en alta mar, dándose así cumplimiento a los objetivos que persigue el propio Acuerdo; art. 23 (Adopción de medidas por el Estado del Puerto), en el sentido de que el Estado del Puerto, de acuerdo con el derecho internacional, tiene pleno derecho a establecer restricciones al uso de puertos cuando las actividades de pesca sean incompatibles con las medidas vigentes en las áreas de jurisdicción nacional del Estado del puerto.

En todo caso, tal como se articula en el Acuerdo de 1995, y se recordaría en la Conferencia de revisión, en la medida en que las *organizaciones o acuerdos regionales de ordenación pesquera* constituyen el principal mecanismo para la cooperación internacional en materia de conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, es posible constatar que no sólo muchas de esas organizaciones han incorporado disposiciones del Acuerdo en sus acuerdos constitutivos, o en la práctica han adoptado medidas para aplicarlo, sino también que desde su entrada en vigor se han creado dos nuevas organizaciones regionales de ordenación pesquera: la *Comisión para la conservación y ordenación de las poblaciones de peces altamente migratorios del Pacífico occidental y central* y la *Organización de Pesquerías del Atlántico Sudoriental*, mientras que otra organización de ese tipo (la Comisión Interamericana del Atún Tropical) revisó su convención a fin de recoger e incorporar las disposiciones del Acuerdo.

Lo que implica reconocer que es y será desde la propia práctica renovada de articulación o reformulación de organizaciones regionales de ordenación pesquera, desde donde progresivamente se irá afianzando ese necesario equilibrio de intereses entre Estados

ribereños y Estados de pesca a distancia, conforme a los parámetros en que se inspiran complementariamente la Convención de 1982 y el Acuerdo de 1995.

2.4. El diseño de una “Organización de pesquerías para el Atlántico Sudoccidental”, conforme al Acuerdo de 1995

A la vista de estas últimas reflexiones, y en la medida en que algunas pesquerías internacionales importantes siguen fuera del ámbito de las organizaciones regionales, resulta necesario, tal como recomienda la Conferencia de revisión, establecer nuevas organizaciones o acuerdos regionales de ordenación pesquera para la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y de peces altamente migratorios.

Una dinámica, por tanto, que, en particular, debería inspirar y conducir la futura reglamentación de las pesquerías en la zonas de alta mar del Atlántico Sudoccidental, mediante la creación de una estructura organizativa en la que participasen tanto los Estados ribereños -a través de acciones y posiciones concertadas en el marco del Mercosur-, como los Estados de pesca a distancia que operan en la región, entre los que cabe destacar algunos Estados miembros de la Comunidad Europea -y aun la Comunidad Europea en cuanto tal-.

Ciertamente, a la vista del estado de sobreexplotación en que se encuentran los recursos vivos en esta área, y en especial ciertas poblaciones transzonales -según quedó expresado mas atrás-, y aun sin desconocer la realidad de ciertas experiencias de cooperación -aunque limitadas- centradas, sobre todo, en la acción desarrollada por la Comisión de Pesca del Atlántico Sur en el área de las Malvinas, se hace necesario y urgente, tal como ha venido a reconocer expresamente la FAO, “establecer algún tipo de arreglo” para la ordenación de la pesca en esta zona, sobre todo si se tiene en cuenta, además, la ya larga inoperatividad que viene caracterizando al único organismo de alcance regional que existe para esta Área, la Comisión Asesora Regional de Pesca para el Atlántico Sudoccidental (CARPAS), en tanto que órgano consultivo regional de la FAO creado en 1961, y del que son miembros Argentina, Brasil, y Uruguay.

Los parámetros, como acabamos de advertir, desde los que se concibe y articula el Acuerdo de 1995 constituyen, en efecto, a nuestro juicio, una base lo suficientemente perfilada -aunque necesitada de progresivas y reiteradas precisiones al ritmo de su propio funcionamiento y experiencia- para erigir, desde, sobre todo, la voluntad política de los Estados miembros del MERCOSUR y de la Comunidad

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Europea, la estructura de una sólida *Organización Regional de pesquerías para el Atlántico Sudoccidental*.

En orden a alcanzar un objetivo como éste, trasciende ya de forma significativa el hecho de que la Comunidad Europea y sus Estados miembros hayan procedido a ratificar el Acuerdo de 1995, lo que vendría a avalar definitivamente su voluntad, expresada reiteradamente por la Organización durante estos últimos años, de compromiso y defensa con el principio básico de conservación de los recursos vivos de la alta mar, y de forma especial con el objetivo de conservación de las poblaciones de peces transzonales, y por tanto, y en estrecha relación con ello, su posición a favor del fortalecimiento del papel de las Organizaciones regionales de pesquerías.

Es así que, superando las diferencias que siguen existiendo entre los propios socios del MERCOSUR -tal como lo demuestra el hecho de que Brasil y Uruguay ya han procedido a ratificar el Acuerdo de 1995, en tanto Argentina todavía no lo haya hecho-, la aplicación del Acuerdo de Nueva York a los Estados miembros del MERCOSUR y de la Comunidad Europea, les permitiría -en cumplimiento de su obligación de cooperación en materia de conservación y ordenación de los recursos vivos de la alta mar, y en particular de las poblaciones de peces transzonales, tal como se enuncia en la Convención de 1982, y se reafirma en el art. 8.1 del Acuerdo de 1995- crear, tal como acabamos de propugnar, una *Organización de pesquerías para el Atlántico Sudoccidental*, cuyo diseño -conforme a los principios básicos establecidos en el propio Acuerdo de 1995- tendría como perfiles mas sobresalientes los siguientes: Una Organización abierta a la participación de todos los Estados que tengan un “interés real” en la explotación de las pesquerías de esa región, y por medio de la cual tanto los Estados que pescan en la alta mar como los Estados ribereños correspondientes habrán de cumplir su obligación de cooperar “haciéndose miembros de la organización” o “comprometiéndose a aplicar las medidas de conservación y ordenación establecidas por la organización”, no pudiendo en caso contrario tener acceso a los recursos de pesca a los que sean aplicables las medidas conservacionistas aprobadas por la Organización (art. 8.4) -y aun pudiendo ser objeto de medidas compatibles con el Acuerdo de 1995 y el Derecho Internacional para disuadir a esos buques de realizar actividades que comprometan la eficacia de las medidas de conservación y ordenación subregionales o regionales (Artículos 17.4 *in fine* y 33 del Acuerdo de 1995)-. Una Organización capaz, desde luego, de acordar y aplicar medidas de conservación destinadas a asegurar la supervivencia a largo plazo de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

(art.10), y con competencias, por tanto, para no sólo adoptar decisiones eficaces, y por tanto obligatorias (art.10.j), sino también para poner en práctica mecanismos de vigilancia e inspección de los buques pesqueros que actúen en la zona, capaces de asegurar el adecuado cumplimiento de dichas medidas, mediante la atribución de competencias vigilancia e inspección, y por tanto, de ejecución, no sólo al Estado del pabellón (art. 18), sino también al Estado del puerto (art. 23), y aun a cualquier Estado miembro de esta Organización -y parte en el Acuerdo- sobre los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de otro Estado Parte en el Acuerdo, sea o no miembro de esta Organización, o conforme a cualesquiera otras medidas alternativas que se dispongan -de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Organización, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Acuerdo de 1995-; resultando, finalmente, necesaria la articulación de un sistema obligatorio de solución de controversias (arts. 27 a 32).

III. En conclusión...

La progresiva consolidación del fenómeno de integración que representa el MERCOSUR, suscita la conveniencia de incorporar a las realizaciones de este proyecto un sector como el de la pesca, mediante la planificación de una Política de Pesca Común (PPC); dando así pleno cumplimiento a las obligaciones jurídico-internacionales de los socios, y contribuyendo, al mismo tiempo, a satisfacer sus propias aspiraciones de desarrollo socioeconómico. Frente al vacío que hasta este momento caracteriza la acción del MERCOSUR en este ámbito, hay que percibir, como ya dijimos, que el fenómeno de integración en torno al que hoy dinamizan sus relaciones los Estados ribereños del Atlántico Sudoccidental, representa, a nuestro juicio, una oportunidad única e histórica para ensayar y conducir con éxito tales objetivos. Una PPC cuya formulación ha de ser concebida desde no sólo una perspectiva estrictamente interna, sino también desde una dimensión externa basada en el juego de unas relaciones exteriores de cooperación con terceros países, organizaciones internacionales, y otros bloques regionales; trascendiendo, tal como hemos expuesto, de forma muy destacada, y por relación a cualquier posible plan de acción exterior del MERCOSUR en este ámbito, la oportunidad de prestar una especial atención a la Comunidad Europea, dado el juego de intereses recíprocos que al respecto existe entre ambas partes.

Más, tal como igualmente tuvimos ocasión de destacar, el interés de los Estados ribereños del Atlántico Sudoccidental por la conservación y administración de los recursos vivos del mar no se limi-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ta a los espacios de zona económica exclusiva, sino que también se proyecta sobre espacios de alta mar adyacentes, como consecuencia de la realidad biológica de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios; trasciende aquí la necesidad de promover -a través de acciones y posiciones concertadas en el marco del MERCOSUR-, y los Estados de pesca a distancia que operan en la región, entre los que cabe señalar algunos Estados miembros de la Comunidad Europea -y aun la Comunidad Europea en cuanto tal-, mediante la creación, conforme a los principios y obligaciones formuladas en el Acuerdo de Nueva York de 1995, de una Organización Internacional de pesquerías para el Atlántico Sudoccidental.

CAPÍTULO IV

EN TORNO A LAS NORMAS DEL MERCOSUR: CLASIFICACIÓN Y JERARQUÍA, INCORPORACIÓN, VIGENCIA (SIMULTÁNEA) Y DIFICULTADES CONSTITUCIONALES*

*(ABOUT THE NORMS OF THE MERCOSUR:
CLASSIFICATION AND HIERARCHY, INCORPORATION,
ENTRY INTO FORCE (SIMULTANEOUS) AND
CONSTITUTIONAL DIFFICULTIES)*

Antonio Martínez Puñal

RESUMEN:

El trabajo se ocupa del sistema de fuentes normativas en el MERCOSUR, su clasificación (derecho originario, derivado y complementario) y su incorporación al derecho interno de los Estados Partes. Durante el desarrollo se destacan tres realidades: las deficiencias del sistema de la vigencia simultánea de las normas en los Estados Partes, la necesidad de reformas constitucionales; la urgencia de contar con un órgano judicial y un órgano con capacidad para exigir a los Estados el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el ámbito del MERCOSUR.

PALABRAS-CLAVE:

MERCOSUR - Normas - Vigencia simultánea - Dificultades.

* Este trabajo ha sido llevado a cabo en el marco de las actividades del Programa ALFA II de la Comisión de las Comunidades Europeas - Proyecto EULATIN II, propuesto por el Instituto de Derecho Internacional

ABSTRACT:

This paper analyzes the system of normative sources under MERCOSUR, their classification (original, derivative, and complementary) and the incorporation of these norms into the State Parties' domestic law. During the preparation of this paper three facts can be highlighted: system deficiencies for the simultaneous application of norms in the countries of States Parties; the need for constitutional reform; the urgency to have a judicial body and an agency entitled to require compliance of States with their obligations under MERCOSUR.

KEY WORDS:

MERCOSUR – norms – simultaneous entry into force – difficulties.

SUMARIO: *A. El ordenamiento jurídico del MERCOSUR, entre la cooperación y la integración: sistema de fuentes normativas en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Ouro Preto: 1. Clasificación: a) El Derecho originario; b) El Derecho complementario; c) El Derecho derivado: tipos de normas.- 2. Jerarquía interna.- B. Elaboración, incorporación y vigencia simultánea.- C. Dificultades constitucionales en Brasil y Uruguay y bases para un entendimiento normativo en el MERCOSUR.*

A. El ordenamiento jurídico del MERCOSUR, entre la cooperación y la integración: sistema de fuentes normativas en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Ouro Preto

El MERCOSUR posee un entramado institucional fundado en el Tratado de Asunción, en el Protocolo de Ouro Preto y demás instrumentos complementarios, que conforman el MERCOSUR jurídico-institucional, cuya comprensión y estudio deben ser hechos siempre en el marco del carácter evolutivo y flexible del proceso mercosureño.

Público, Derecho Comunitario Europeo y de Relaciones Internacionales de la Universidad de Innsbruck/Austria (Europa - Latinoamérica. Integración Regional - Parte II), y asimismo, en su fase de investigación, en el ámbito del Proyecto financiado por la Xunta de Galicia (Consellería de Innovación, Industria y Comercio. Dirección General de Investigación y Desarrollo), "Ámbitos prioritarios de la cooperación internacional en las relaciones Unión Europea-América Latina: Consolidación democrática y Protección de los Derechos Humanos, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Penal Internacional" (PGIDIT05PXIB20201PR).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Bajo un enfoque como éste, hay que reconocer que no sólo la estructura orgánica del MERCOSUR nos acerca, por ahora, al diseño -aunque con ciertas variantes y particularidades- de la Organización internacional clásica de cooperación, sino que también el *Derecho del MERCOSUR* nos aproxima a un ordenamiento jurídico típico y derivado del fenómeno organizativo de cooperación, aunque, como vamos a ver, trascendiendo aquí y al mismo tiempo no sólo el valor *obligatorio* de los actos del Derecho derivado, sino también el juego de unas relaciones entre el Derecho del MERCOSUR y los Derechos internos fuertemente condicionado por el régimen de recepción especial desde el que se concibe, con las consiguientes consecuencias que de ello se derivan en cuanto al valor y alcance del Derecho del MERCOSUR.

En este sentido, podríamos resaltar la existencia de un Derecho del MERCOSUR conformado por un *Derecho originario*, un *Derecho derivado* y un *Derecho complementario*, surgidos en el marco de la dinámica integracionista propia del proceso mercosureño. En efecto, acudiendo a la distinción, fundamental y típica del Derecho de la Organización internacional encontraremos el derecho originario, constituido por el tratado constitutivo, en nuestro caso el Tratado de Asunción -incluidos aquellos tratados internacionales en la terminología mercosureña los protocolos- posteriores que dicen en su texto formar parte del Tratado de Asunción, mientras que el segundo, el derecho derivado, lo estará por los actos normativos adoptados por los órganos del MERCOSUR. Aparte, en el ámbito del Derecho del MERCOSUR, constituirían el Derecho complementario los acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción y sus protocolos.

Ahora bien, cómo podemos llegar a efectuar estas afirmaciones. Obviamente, lo haremos recurriendo a los textos correspondientes del Derecho originario. Al respecto, debemos precisar que el orden jurídico del MERCOSUR se encuentra delineado en tres capítulos del Protocolo de Ouro Preto. Así, el Capítulo IV se refiere a la “Aplicación interna de los órganos del MERCOSUR” (arts. 38-40), el Capítulo V está dedicado a las “Fuentes Jurídicas del MERCOSUR” (arts. 41-42) y el Capítulo VI se refiere al “Sistema de Solución de Controversias” (arts. 43 y 44).

De acuerdo con estos presupuestos, procede avanzar que en el Tratado de Asunción, que establece el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común como los órganos responsables de la “administración y ejecución” de las disposiciones contenidas en el texto fundamental del MERCOSUR, no se recoge un catálogo expre-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

so y definido de las *Fuentes del Derecho del MERCOSUR*¹ tal como si se hace posteriormente, y según veremos, en el art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, el cual, además de definir la estructura institucional del MERCOSUR y de dotarlo de personalidad jurídica internacional², establece asimismo su estructura jurídica, buscando colmar las lagunas del Tratado de Asunción.

Aun así, ya antes del Protocolo de Ouro Preto, sería posible, en aras de una apreciación de las fuentes normativas del MERCOSUR, acudir al Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias, de 17 de diciembre de 1991, aprobado por Decisión del C.M.C. 1/91 y en vigor el 22-IV-1993, para deducir, en particular del art. 1, y al hilo de la definición de las normas cuya interpretación, aplicación o incumplimiento podrán generar controversias entre los Estados Partes, que las fuentes del Derecho del MERCOSUR quedarían integradas por *el Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en el marco del mismo, las decisiones del Consejo del Mercado Común y las resoluciones del Grupo Mercado Común*; y en este mismo sentido, del art. 19, aptdo. 1, cuando dispone que: “El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del *Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las deci-*

¹ En el Tratado de Asunción se contempla lo que sería un esbozo del Derecho derivado del Mercosur. Así, recordaremos que en el art. 9 existe una referencia a “los acuerdos específicos y decisiones que se adopten...”, en el art. 10 se señala que “El Consejo es el órgano superior del Mercado Común, correspondiéndole la conducción política del mismo y la toma de decisiones...”; A su vez, el art. 13 advierte que: “El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercado Común y será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores. (...) Sus funciones serán las siguientes: velar por el cumplimiento del Tratado; tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo (...); finalmente, el artículo 16 prescribía que: “Durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes”. El Derecho derivado del Mercosur, hasta la entrada en vigor del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, estaría conformado, pues, por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y por las Decisiones del Grupo Mercado Común, disponiendo las decisiones del Consejo, en atención a la jerarquía del órgano adoptante, de un rango superior al de las decisiones del Grupo. La referencia a los “acuerdos específicos” (art. 9) parecería colocarnos ante una alusión de lo que sería el Derecho complementario.

² CIENFUEGOS MATEO, M.: “La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del Mercosur”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, www.reei.org , N°. 3, 2001.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

*siones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia*³; y aun del art. 25 que prescribe que: “El procedimiento establecido en el presente capítulo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del *Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común*”⁴.

En definitiva, en los arts. 1, 19 y 25 del P.B. se trata de marcar el entorno material del ordenamiento jurídico del MERCOSUR a cumplir, el cual vendría conformado por las *disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia*.

Más tarde, frente a los vacíos del Tratado de Asunción -y aun a una cierta indeterminación del Protocolo de Brasilia-, sería en el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, bajo el término de *fuentes* -con la ambivalencia fuentes- normas que frecuentemente se produce en textos y doctrina y que, en ocasiones, se puede apreciar en algunos textos de Derecho Internacional-, donde podemos encontrar una redacción de conjunto expresada en los siguientes términos:

“Las fuentes jurídicas del MERCOSUR son:

I. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios.

II. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos.

³ Las cursivas son nuestras. El Tribunal Arbitral, en el Segundo Laudo arbitral, refiriéndose a la enumeración del art. 19 del P.B., afirma: “Dicha enumeración consagra un Derecho originario constituida por las normas de los tratados y sus anexos y los acuerdos entre los Estados y un derecho derivado formado por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común” (Pfo. 53 del Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo). El Tribunal no reparó en la presencia del Derecho complementario.

⁴ Las cursivas son nuestras.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

III. Las Decisiones del Consejo, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”.

Observamos cómo se produce una *adición* en el número de los actos normativos del MERCOSUR, añadiéndoseles a los recogidos en los arts. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia, las *Directivas* de la *Comisión de Comercio* -las cuales “serán obligatorias para los Estados Partes” (art. 20 del P.O.P)-; lo que determina que, en consecuencia, el P.O.P., en su art. 43 (Parágrafo Único) disponga, en cuanto al sistema de solución de controversias, que: “Quedan también incorporadas a los arts. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur”⁵.

El conjunto de fuentes normativas, previsto en el texto del art. 41, nos posibilitaría, tal como venimos adelantando, hablar de una tríada de “derechos del MERCOSUR”, formada por los Derechos Originario (art. 41, aptdo. I), Complementario (art. 41, aptdo. II) y Derivado (art. 41, aptdo. III). Todos ellos, con un sentido unitario, conformarían el orden jurídico del MERCOSUR, fundamentado en dicho artículo.

1. Clasificación

a) *El Derecho originario*

Como podemos observar, y por lo que se refiere al *Derecho originario*, el Protocolo de Ouro Preto, de algún modo, detalla en su art. 41 lo que en los arts. 1, 19 y 25 del Protocolo de Brasilia, y en el art. 43 del propio P.O.P., aparecería como “el Tratado de Asunción”.

Atendiendo al art. 41, aptdo. 1 del Protocolo de Ouro Preto, el Derecho originario estaría conformado por: “El Tratado de Asun-

⁵ El P.O.P dispone en el art. 43 que: “Las controversias que surgieran entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991”. Se puede observar que en este precepto se suprime la referencia expresa que había en el art. 19 del Protocolo de Brasilia a “los principios y las disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia”, algo que no tiene demasiada importancia, dado que dichos principios y disposiciones, que no eran enunciados, continuarán, a nuestro juicio, siendo aplicables, en su momento, en virtud de su propia pertinencia o no de aplicación.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios” . Realmente, la situación no varía cualitativamente, dado que, en principio, “sus protocolos”, como se deduce del adjetivo posesivo “sus”, forman parte de “el Tratado de Asunción”, algo que, por lo demás, como puede apreciarse al respecto, se dice expresamente en ellos mismos, habitualmente con la expresión “el presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción”⁶; por otra parte, de no ser así no se haría referencia a ellos como algo separado de los otros “protocolos” a que se alude en el aptdo. II.

Por lo que respecta a los “instrumentos adicionales o complementarios”, creemos que también tendrán naturaleza constitutiva, puesto que de no ser así no añadirían nada distinto a los “acuerdos celebrados... y sus protocolos”, a los que se refiere el aptdo. II. Si el “legislador” quiso distinguirlos sus razones tendría.

Conceptualmente, el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, el cual, como podemos observar, no ofrece grandes novedades, técnicamente resulta interesante con vistas a despejar alguna duda que pudiera aparecer sobre la cuestión de las fuentes-normas del MERCOSUR, si bien quizás los redactores bien hubieran podido haberse esmerado en pro de una mayor claridad termino- lógica.

b) El Derecho complementario

De acuerdo con el análisis que venimos realizando, dentro del Derecho del MERCOSUR vendrían a conformar el Derecho Complementario las normas comprendidas en el art. 41, aptdo. II del Protocolo de Ouro Preto: “Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos” Existen algunas dudas respecto a qué acuerdos se estaría refiriendo este aptdo. II⁷.

En cuanto a “los acuerdos celebrados en el marco del Tratado

⁶ RUIZ DIAZ LABRANO, a nuestro modo de ver incorrectamente, recoge entre el Derecho derivado los Protocolos «parte integrante del Tratado de Asunción» (RUIZ DIAZ LABRANO; R.: *Mercosur, Integración y Derecho*, Buenos Aires, 1998, pp. 522-523).

⁷ El Derecho Complementario, como podrá observar el lector, no goza de una opinión pacífica en la doctrina; así un autor como FREELAND LÓPEZ LECUBE, aun moviéndose en una perspectiva aproximativa entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho del MERCOSUR, contempla de otra manera lo que nosotros entendemos por el Derecho Complementario, cuando escribe que: “Si se interpreta, como yo lo hago, que la enumeración de fuentes del POP es meramente enunciativa, pueden identificarse aquí fuentes que van desde los aportes del derecho internacional gene-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de Asunción y sus protocolos”⁸ no hay que dejar de advertir la posible indefinición que estos suscitan en orden, sobre todo, a precisar si en los mismos se podrían incluir tanto aquellos tratados internacionales concluidos por los propios Estados partes atendiendo a la consecución de los objetivos del MERCOSUR (lo que conformaría lo que podemos calificar como *Derecho complementario “ad intra”*), como asimismo los acuerdos que pudieran negociar el C.M.C. y el G.M.C. con terceros países, grupos de países y organismos internacionales (art. 8.IV y 14.VII del P.O.P.)⁹ (lo que vendría a conformar un *Dere-*

ral y los principios generales del derecho comunitario (o del derecho de la integración) en especial, hasta la doctrina de los autores” (FREELAND LÓPEZ LECUBE, A.: *Manual de derecho comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, 1996, p. 213).

⁸ Desde una posición que entendemos no acertada, GARRÉ COPELLO cataloga como Derecho comunitario primario todo aquel derecho de carácter convencional elaborado en el ámbito del sistema de integración (GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., pp. 18-19). En esa línea, DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A. y RIVERA, J.C.: *Derecho Comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur*, Buenos Aires, 1995, p. 177.

Asimismo, no nos parece acertada la postura de DROMI SAN MARTINO cuando, después de hacer referencia al orden de prelación de los arts. 19 del P.B. y 41 del P.O.P., afirma que “otro criterio a aplicar para establecer la jerarquía de la normativa regional estaría dado por la forma y modalidad elegidas para su entrada en vigencia en los derechos internos de cada uno de los Estados Parte del Mercosur. Por ejemplo, vemos que los Protocolos son ratificados por leyes en Argentina, Paraguay y Uruguay, y por Decretos legislativos en Brasil, mientras que la restante normativa es aprobada por disposiciones administrativas o reglamentaciones (v. gr. Resoluciones) para su incorporación al derecho interno de cada Estado” (DROMI SAN MARTINO, L.: “La armonización entre el Mercosur y la OMC”, *MERCOSUR: nuevos...*, cit., p. 389; en la misma línea en la p. 340). Amén de la necesidad de examinar a nivel de derecho interno la naturaleza y rango de las llamadas “disposiciones”, conviene recordar que el rango de la norma de recepción es un asunto de índole doméstico que posibilita que la recepción sea llevada a cabo en cada país por normas diferentes en naturaleza y rango. Aun en la hipótesis de una coincidencia temporal en los cuatro países, no podemos olvidar que ésta podría desaparecer, viéndonos en tal caso ante la incongruencia de que una misma norma mercosureña tendría una jerarquía distinta dentro del orden normativo del MERCOSUR, en función de un elemento aleatorio interno, algo que atentaría contra una mínima expresión de lógica jurídica.

⁹ Es de recordar, como ya lo hemos hecho anteriormente, que el art. 34 del Protocolo de Ouro Preto reconoce que «el MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional». Con todo aun admitida la capacidad del Mercosur para celebrar acuerdos con terceros, los Estados Parte, como recuerda MANGAS MARTÍN, «... conservan plenamente la

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

cho complementario "ad extra", a modo de, en otras palabras, un Derecho de las relaciones exteriores del MERCOSUR).

La naturaleza del Derecho complementario sería siempre internacional, pudiendo tener, como vemos, un perfil interno, como sucede en el caso de los acuerdos entre los Estados partes del MERCOSUR, u otro externo, representado mediante tratados que podrían ser constituidos de acuerdo a los sujetos internacionales que participen, siendo que entre ellos deberían participar algún sujeto no participante del MERCOSUR.

Respecto del nivel jerárquico de este Derecho Complementario dentro de las fuentes del MERCOSUR, entendemos que éste se encuentra en un lugar subordinado al Derecho originario. Inferior al Derecho originario por su propia subordinación al Tratado de Asunción. El sería prevalente ante el Derecho Derivado, en el supuesto de la existencia de una cláusula de subordinación al Tratado de Asunción, cláusula que bien pudiera presumirse con carácter tácito, en atención a su objetivo de naturaleza regional, en cualquier acuerdo *celebrado en el marco* del Tratado de Asunción y sus protocolos.

c) El Derecho derivado: tipos de normas

A la luz de todo lo visto, estimamos que resulta meritorio que las normas contenidas en el aptdo. I del art. 41 del P.O.P. constituirían el *Derecho originario*¹⁰, es decir el Tratado de Asunción, sus

competencia para celebrar acuerdos con no miembros en las materias reguladas con el Mercosur, aunque están obligados a respetar las obligaciones contraídas. Los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* les deberían disuadir a celebrar tratados incompatibles con Mercosur. Pero el Tratado de Asunción explicita, además, la obligación de los Estados Partes de evitar afectar los objetivos del Mercosur cuando pacten con terceros o los intereses de los demás miembros; habrán de celebrar consultas si negocian esquemas amplios de desgravación arancelaria tendentes a formar zonas de libre comercio y extenderán esas ventajas a los demás Estados Partes. Si se celebrasen acuerdos con terceros, entonces la eventual infracción podría suscitar una controversia a resolver conforme al Protocolo de Brasilia, anexo al Tratado de Asunción» (MANGAS MARTÍN, A.: «Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, VII, 1996-1997, p.101). Como vemos, cualquier Tratado celebrado por un Estado Parte deberá respetar, cuando menos, el principio de *no contradicción* con el T.A (ver art. 8 del T.A.).

¹⁰ Debemos hacer referencia aquí a un hecho no exento de relevancia jurídica. El art. 53 del P.O.P. establece: «Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, que estén

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

protocolos y los instrumentos adicionales. Las contenidas en el aptdo. II, el *Derecho complementario ad intra y ad extra*, es decir los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos. Las recogidas en el aptdo. III recogerían el *Derecho derivado*: “Las Decisiones del Consejo, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”. Resulta obvio que antes de la entrada en vigor no era posible la adopción de ningún tipo de medida por los órganos salvo que se hubiese pensado en una aplicación provisional del Tratado, asunto del que, en relación con el Tratado de Asunción, que sepamos nunca llegó a hablarse.

En relación con los tipos de normas de Derecho derivado, nos encontramos con que éste estaría formado, pues, por los siguientes tipos de normas: las Decisiones, las Resoluciones y las Directivas, pudiendo preguntarnos al respecto sobre la existencia o no de algún tipo de rango entre ellas, del cual habría de derivarse, por infracción del principio de la competencia, una nulidad de la norma inferior o, cuando menos, una aplicación preferente de la superior.

2. Jerarquía interna

Habida cuenta de que en cualquier ordenamiento, de integración o interno, debe existir, de forma explícita o implícita, una gradación normativa, si bien en el MERCOSUR no existe ninguna definición expresa sobre cuál es la jerarquía, no por ello podría ser ajeno a tal necesidad.

Si adoptásemos una perspectiva jerárquica de ese conjunto, verificaríamos que las normas del Mercosur ostentan, pues, diferente nivel jerárquico en razón de su naturaleza y función. La cima de la

en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición». Susceptible de crítica es esta solución para MAROTTA RANGEL, V.: «Solução de controvérsias após Ouro Preto», *Contratos Internacionais e Direito Económico no MERCOSUL*, Coord. P. BORBA CASELLA, São Paulo, 1996, pp. 693-694; PÉREZ OTERMÍN, aun desde una postura de comprensión de su necesidad política y económica, califica al art. 43 como “un camino reñido con el derecho...” (PEREZ OTERMÍN, J.: *El Mercado Común del Sur- Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico-Institucionales*, Montevideo 1995, p. 75). En efecto, de algún modo el art. 53 viene a *constitucionalizar* de forma retroactiva las Decisiones del Consejo que hubieran podido tener un contenido contrario al Tratado de Asunción.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

pirámide jurídica del Mercosur está ocupada por el Derecho Originario, seguido del Derecho complementario, el cual en la medida en que podrá ser creado con base en las competencias otorgadas en los textos constitutivos, no podrá contradecirlos en tanto que subordinado al Tratado de Asunción. A continuación se encontraría el Derecho derivado¹¹.

Esta subordinación del Derecho complementario al Derecho originario constituiría realmente una característica genuina de aquel Derecho, dado que delante de su ausencia no tendría sentido hablar de un Derecho “complementario”. Estamos ante un Derecho convencional que, pensando en el buen desarrollo del Mercosur, no puede tener un rango igual al del Derecho originario que permitiera la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*¹². En esas condiciones el MERCOSUR devendría claramente en un muñeco de cartón piedra.

Entendemos asimismo que el Derecho complementario está en una relación de jerarquía con el Derecho derivado debido a que los Estados Partes actuando en la celebración de los acuerdos que constituyen aquel Derecho en el marco del Tratado de Asunción, actúan, valga la redundancia, en el marco de sus competencias nacionales,

¹¹ A nuestro modo de ver un argumento que podría ayudar en favor de la tesis que venimos sosteniendo vendría dado por el orden en que aparecen recogidas las fuentes normativas del Mercosur en los tres apartados de que se compone el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, sin que por ello lleguemos a ver en la mera distribución por sí sola de bloques normativos que en él se contempla, necesariamente un sentido ordinal que viniera a indicar un orden de preferencia.

¹² PEREZ OTERMÍN: *El Mercado Común del Sur...*, cit., p. 108. En cuanto al llamado *Derecho complementario*, PÉREZ OTERMÍN, en una línea poco reconfortante para el proceso de integración por los peligros que supone un entendimiento igualitario de los Derechos originario y complementario, escribe: «Surge de lo expresado que el denominado derecho complementario... (...) no teniendo su fundamento en los textos constitutivos, no se lo puede considerar subordinado a ellos, aunque la coincidencia de objetivos, determina una necesaria *compatibilidad* entre ambos... Por tanto, aun cuando los Estados Partes actúan en la celebración de dichos convenios en el marco de sus competencias nacionales, no comprendidas expresamente dentro de los textos constitutivos del Mercosur, deberán seguir un criterio de compatibilidad con las normas allí establecidas... En cuanto a la relación del derecho complementario con el derecho derivado, en la medida en que la competencia para la celebración de tales convenios se mantiene en la órbita exclusiva de los Estados Partes, en principio, los órganos del Mercosur no tienen competencia para intervenir, salvo que en dichos convenios se estableciere» (*Ibid.*, pp. 109-110).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

no transferidas ni expresa ni implícitamente al orden de las actuaciones de las instituciones del MERCOSUR. Las autoridades del MERCOSUR, deberán seguir en el momento de la aprobación de las normas de Derecho derivado un criterio de compatibilidad con las normas de Derecho complementario.

La perspectiva que venimos sosteniendo se ve avalada por el hecho de que con el Derecho complementario podrían ser llevadas a cabo alteraciones indirectas en el Derecho derivado. Por su parte, con el Derecho derivado no procede pretender efectuar cambios en el Derecho complementario, si no queremos incurrir en responsabilidad internacional frente a terceros Estados. El MERCOSUR podría incurrir formalmente en responsabilidad internacional en un supuesto de incompatibilidad entre su Derecho derivado y el Derecho complementario, particularmente en el supuesto de una relación de incompatibilidad con una norma de Derecho complementario *ad extra*, frente a los sujetos no miembros del MERCOSUR que sean parte de los convenios en cuestión conformantes del Derecho complementario.

Ahora bien, así las cosas, podrían, con todo, las instituciones del MERCOSUR, en una línea con todo no acorde al mejor proceder en cuanto a una ortodoxia jurídica, adoptar normas contrarias al Derecho complementario *ad intra*, en atención, en última instancia, a que la responsabilidad *ad intra* exigible por un Estado parte del MERCOSUR frente a una norma de Derecho derivado podría ser objeto de exclusión de la ilicitud, o al menos sería argumentable su exclusión, con base en teoría de los actos propios; carecería, en efecto, de sentido que un Estado parte del MERCOSUR exigiera responsabilidad internacional al MERCOSUR en tal supuesto, si tenemos en cuenta que los actos del MERCOSUR son tomados por unanimidad. No podría, por lo tanto, un Estado reclamar contra la organización por un acto previamente apoyado por el propio Estado. La responsabilidad internacional entre los Estados partes -causantes inmediatos y mediatos, respectivamente, del Derecho complementario y del derivado (formalmente este último adoptado por los órganos del MERCOSUR)- no debería entrar, pues en juego, en el supuesto de la adopción de una norma contraria al Derecho complementario *interno* por un órgano del MERCOSUR. Los Estados partes de este Derecho complementario estarían inhabilitados obviamente para presentar una reclamación internacional contra órganos que, conformados por esos mismos Estados, toman, por lo demás, sus decisiones por unanimidad.

A su vez, dentro la categoría Derecho derivado, podemos hablar de un orden de preferencia o jerarquía determinado -a ser aplicado

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

por los Tribunales arbitrales- determinado por la naturaleza y competencia del órgano que haya dictado cada uno de estos actos, en virtud de cuyo orden serían de aplicación en primer lugar las Decisiones, emanadas del órgano superior del Mercosur, prevaleciendo sobre las Resoluciones dictadas por el órgano ejecutivo, y éstas sobre las Directivas, en la medida en que dentro de la estructura orgánica, la Comisión de Comercio, aparece como un órgano subordinado al Grupo Mercado Común. La jerarquía del Consejo respecto de la Comisión de Comercio, que puede apreciarse dentro del sistema institucional del MERCOSUR, como ya hicimos notar, avala esa tesis.

B. Elaboración, incorporación y vigencia simultánea

La aprobación de la norma por el órgano correspondiente, Decisión-Consejo del Mercado Común, Directiva-Grupo Mercado Común y Directiva-Comisión de Comercio del MERCOSUR, se produce en un marco de colaboración del Grupo con el Consejo y de la Comisión con el Consejo, en el cual las Decisiones de los órganos superiores son formuladas sobre la base de las propuestas formuladas por éstos. Al respecto el art. 14, aptdo. II del Protocolo de Ouro Preto nos dice que “Son funciones y atribuciones del Grupo Mercado Común: Proponer proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común”. Por su parte, el art. 19, aptdo. IV del mismo Protocolo dice que: “A la Comisión de Comercio del MERCOSUR, órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, compete: Analizar la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formular Propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común”. Asimismo, según el aptdo. VII de dicho artículo le corresponde asimismo a la Comisión: “Proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera del MERCOSUR”.

Pero esta colaboración se da también en relación con el Derecho complementario. Así, el art. 8, aptdo. IV del citado Protocolo, indica que: “Son funciones y atribuciones del Consejo del Mercado Común: Negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. Dichas funciones podrán ser delegadas por mandato expreso al Grupo Mercado Común en las condiciones establecidas en el Anexo VII del artículo 14”.

A su vez según el art. 7, aptdo. VII del Protocolo de Ouro Preto, le corresponde al Grupo Mercado Común: “Negociar, con la participación de representantes de todos los Estados Partes, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común y dentro de los límites establecidos en mandatos específicos concedidos con esa finalidad, acuerdos en nombre del Mercosur con terceros países, grupos de

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

países y organismos internacionales. El Grupo Mercado Común, cuando disponga de mandato para tal fin, procederá a la firma de los mencionados acuerdos. El Grupo Mercado Común, cuando sea autorizado por el Consejo del Mercado Común, podrá delegar los referidos poderes a la Comisión de Comercio del MERCOSUR”.

Una vez adoptadas, resultará patente que las normas adoptadas en el marco del MERCOSUR necesitan ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno. Y esta incorporación no va a ser algo que pueda hacerse o no con carácter voluntario. Ello es así porque el Protocolo de Ouro Preto, de forma contraria a como algunos pensaban, contemplaba en su seno la obligatoriedad de la norma mercosureña, cabiendo al respecto por parte de los Estados un deber de incorporar la norma a través de los procedimientos aceptados por ellos¹³. La condición de norma obligatoria, por lo que respecta al Derecho derivado en relación con el cual algunos encontraron en su día algunas dudas respecto de su alcance obligatorio, se halla en el art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, el cual recoge la obligatoriedad de las normas adoptadas por las instituciones decisorias del MERCOSUR: “Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el art. 2º de este Protocolo tendrán carácter obligatorio...”. Recordaremos que el art. 2 citado por el art. 42 indica que: “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR”. La obligatoriedad de las normas adoptadas por las instituciones decisorias aparece recogida asimismo en el art. 9 de dicho Protocolo, el cual dispone que: “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Partes”. En esa línea, el

¹³ Para FREELAND LÓPEZ LECUBE, «la norma secundaria sólo precisa ser receptada o incorporada por el Estado miembro cuando exige un desarrollo posterior, es decir, cuando no es clara y precisa o está sujeta a condiciones. Y no necesita de ningún tipo de internalización en caso contrario» (FREELAND LÓPEZ LECUBE: «El derecho penal de la integración europea y las perspectivas de nuestro Mercosur», *MERCOSUL. Seus Efeitos...*, cit., pp. 482-483). Id.: *Manual de Derecho Comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y Mercosur*, cit., pp. 271-275. No nos extenderemos en mostrar nuestro disenso. Sólo diremos que parecemos estar ante una posición de aquellas que trata con cierta ligereza o, a veces, pone a un lado instituciones de Derecho Internacional como la recepción, la aplicabilidad directa, el efecto directo, la ejecutabilidad de los Tratados o, mismo incluso, la responsabilidad internacional, sin cuya congruente atención no es posible la búsqueda de una interpretación sistemática.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

art. 15 apunta que: “El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes”. Y, finalmente por su parte el art. 20 establece que “La Comisión de Comercio del MERCOSUR se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Partes”.

A la vista de un panorama como éste, habrá de estarse, en cuanto al procedimiento de incorporación a los Estados Parte del MERCOSUR, a lo que digan sus respectivas constituciones. Por otra parte, dichas normas *no son aplicables directamente*, como en el Derecho europeo. Ello es cierto para el Derecho derivado mercosureño, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y para las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR; ello es así como lo fuera para el Derecho originario conformado por el T.A. o sus Protocolos, y lo será también en relación con el nuevo Derecho originario que pudiera ser adoptado. Resulta así porque en el MERCOSUR no estamos ante un mecanismo de incorporación automática de la norma de origen internacional por los cuatro Estados partes sino que estos siguen un sistema de incorporación o recepción especial. Este sistema de recepción especial habrá de ser tomado en consideración también en relación con el Derecho complementario.

Conforme a las reflexiones hasta aquí realizadas, no será arriesgado ciertamente aventurar que el procedimiento de incorporación de las normas aprobadas por el MERCOSUR no está, como tendremos ocasión de ver, exento de complejidad. De entrada señalaremos que para la incorporación del Derecho originario y al Derecho complementario los trámites a seguir serán exclusivamente los referentes a los tratados internacionales de acuerdo con lo recogido en las constituciones respectivas de los Estados partes. Al respecto, las cuatro constituciones dispensan, como hemos avanzado, a las normas internacionales un sistema de incorporación especial, con todo lo que esto supone de trámites complejos y de retraso del plazo de ingreso de las normas dentro de los ordenamientos nacionales. Para la incorporación del Derecho derivado deberá prestarse atención a las cláusulas del Tratado de Asunción referentes a la vigencia simultánea, de las cuales nos ocuparemos luego.

Centrándonos ahora en lo que respecta al Derecho derivado, en la línea avanzada, que: “Una vez aprobada la norma, los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR” (art. 40, i) del Protocolo de Ouro Preto).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Resulta todavía más patente si cabe la obligación de proceder a la incorporación de las normas aprobadas cuando observamos cómo el art. 38 del Protocolo de Ouro Preto dispone que los Estados Parte se comprometen “a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el art. 2º de este Protocolo”. La no adopción de las correspondientes medidas para la incorporación conduciría a los Estados Parte a incurrir en responsabilidad internacional¹⁴.

Destacaremos que los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR subrayaron en diversas ocasiones la obligatoriedad de proceder a la incorporación de las normas del MERCOSUR, siendo dignos de destacar al respecto los Laudos Arbitrales IV, V, VII, así como la Aclaración al Laudo VIII¹⁵ y, asimismo, la obligación de proceder a la incorporación de dicha normativa¹⁶.

La temática de la aplicación de la norma mercosureña presenta toda una serie de problemas previos que han levantado una clara preocupación en torno a la entrada en vigor de dichas normas. Así,

¹⁴ CASALI BAHÍA escribe: “Haveria, para o país que deixasse de operar a incorporacão, apenas sanções de direito internacional, no quadro da responsabilidade internacional” (CASALI BAHÍA, S.J.: “A supranacionalidade no Mercosul”, *Mercosul. Lições*, cit., , pp. 194-195). Entendemos que ello no es sólo así. La no incorporación sería además un caso de *incumplimiento absoluto* que abriría las puertas a la aplicación del Protocolo de Brasilia en su momento y del Protocolo de Olivos al día de hoy por reclamación de otro Estado Parte.

¹⁵ Respectivamente, Controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre “Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, (res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina (Cuarto Laudo), pfs. 71, 114, 115, 116, 117, 118; Controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo” (Quinto Laudo), III. Fundamentos, 3.1. Marco normativo; Controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil sobre “obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. no incorporación de las Resoluciones gmc n° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el Mercosur” (Séptimo Laudo), pfs. 5.5, 7.4. y 7.5; Aclaración del Laudo relativo a la Controversia entre la República del Paraguay a la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del «imesi» (impuesto específico interno) a la comercialización de cigarrillos (Laudo VIII), pfo. 7.7.

¹⁶ Laudo VII, aptdos. 7.1-7.18, 8.1-8.18 y Decisión 1.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

por lo que respecta a su elaboración y, más en particular, a su entrada en vigor, como se ha dicho: “Un aspecto que no ha pasado ajeno a los estudiosos de la realidad mercosureña son los problemas de sistematización, procesamiento y composición de los más de 260 ámbitos de negociación que se pueden percibir en el MERCOSUR, lo que pone en evidencia la *creciente complejidad del proceso de adopción de disposiciones*. Al igual las propias características institucionales del MERCOSUR hacen que haya dificultades en el acceso y la difusión de información, particularmente por lo que respecta a la certeza de la entrada en vigor de las normas del Derecho derivado”¹⁷.

La aplicación interna, una vez producida la vigencia, de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR está correlacionada con el principio de la vigencia simultánea recogido en el art. 40 del Protocolo de Ouro Preto, de acuerdo con el cual, con el fin de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes del MERCOSUR de las normas adoptadas por los órganos del MERCOSUR, los Estados Partes deberán seguir el siguiente procedimiento dispuesto en dicho artículo:

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

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

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

El sistema de vigencia simultánea de las normas del MERCOSUR contemplado en el art. 40 del Protocolo de Ouro Preto depende, pues, de la debida coordinación entre la Secretaría Administrativa y los Estados Partes del MERCOSUR. Los Estados Partes deberán efectuar todo el esfuerzo necesario para la incorporación de las normas mercosureñas a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Los Estados deberán llevar a cabo, pues, todo el esfuerzo nece-

¹⁷ MARTÍNEZ PUÑAL: *El sistema institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad*, cit., p. 391.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

sario para la incorporación de la norma al ordenamiento jurídico nacional, debiendo procederse a comunicar el pertinente acto a la Secretaría Administrativa.

A pesar de lo que indica el art. 40 respecto de la vigencia simultánea en relación con “las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo” (art. 40 del Protocolo de Ouro Preto), debemos precisar que este artículo -y, por tanto, la vigencia simultánea contemplada en él- no resulta de aplicación aplicación respecto del Derecho complementario (art. 41, aptdo. II del Protocolo de Ouro Preto: “Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos”). En este Derecho complementario es frecuente el establecimiento de la entrada en vigor treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación con relación a los dos primeros Estados que lo ratifiquen. En algunos de los textos del Derecho complementario se dispone que “se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma” (p. ej., el art. 33 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa).

Debemos subrayar, en relación con el carácter obligatorio de las normas del MERCOSUR, que se impone también la publicidad de las normas emanadas de los órganos de decisión del MERCOSUR, mediante su inserción en el Boletín Oficial del Mercosur (art. 32, aptdo. II del Tratado de Asunción)¹⁸.

¹⁸ La publicidad no se presenta, según ALONSO GARCÍA, como un requisito para la entrada en vigor, la cual se producirá *automáticamente* 30 días después de la comunicación por la Secretaría, de donde deduce que el eventual incumplimiento estatal de llevar a cabo la publicidad «no puede ser objeto de obstáculo para la efectiva aplicación de la norma, ya en vigor en los términos vistos, en el Estado en cuestión» (ALONSO GARCÍA, R.: *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Unión Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, 1997, p. 74). Por una parte, a nuestro juicio, la solución no es tan simple. La falta de publicidad puede originar serios problemas en materia de seguridad jurídica en relación con las obligaciones para los particulares y, aun en relación con su ejercicio, para con los derechos de éstos. Por otra parte, la publicación en el contexto constitucional de algunos de los Estados del MERCOSUR, pensamos especialmente en Brasil, aparece muy conectada con la serie de actos que dan cuerpo a la recepción especial. En definitiva, a pesar de lo que diga el art. 40 citado, muy fácilmente podremos encontrarnos una vez más con el choque entre la norma MERCOSUR y la norma interna, o, en otra dimensión, con el problema de la prevalencia. A nuestro modo de ver, tendría poca viabilidad la vía sugerida por ALONSO GARCÍA, según la cual «La única salida que parece viable

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En un contexto como el que acabamos de exponer se comprende que, en relación con la aplicación de la normativa del MERCOSUR, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, órgano de apoyo operacional como habrá quedado de manifiesto, debe ser informada, en cuanto al aseguramiento del cumplimiento de las normas adoptadas por cada uno de los órganos mencionados, por los Estados partes de “las medidas adoptadas para este fin” (art. 38, pfo. único del Protocolo de Ouro Preto).

Siendo el problema de la incorporación de las normas, como hemos destacado, uno de los nudos gordianos que, sirviendo de manifiesto de la falta de voluntad políticas suficiente para llevar a cabo el proceso de integración, contribuye a frenar el desarrollo del MERCOSUR, Durante los últimos años se ha venido produciendo la adopción de una serie de Decisiones complementarias del sistema de incorporación de normas recogido en el Protocolo de Ouro Preto, tales como la Decisión 23/00 del Consejo del Mercado (XVIII CMC, Buenos Aires, 29/VI/00), Decisión N° 55/00 (XIX CMC, Florianópolis, 14/XII/00), Decisión N° 20/02 (XXIII CMC, Brasilia, 06/XII/02) y la Decisión N° 22/04 (XXVI CMC, Puerto Iguazú, 7/VII/04).

No es nuestro deseo el llevar a cabo un análisis profundo de estas Decisiones. Únicamente queremos destacar sus aspectos más importantes. La Decisión N° 23/00 introdujo algunos cambios¹⁹, re-

sería entender que el Consejo considere como regla, respecto de las comunicaciones de la Secretaría en el contexto del art. 40, la posibilidad que le abre el art. 39 *in fine* de atribuirles publicidad oficial. Y aun así podría reproducirse en el MERCOSUR la polémica habida en el Derecho Comunitario acerca de la posibilidad de aplicación directa de las Directivas en las relaciones *inter privatos* -la denominada eficacia horizontal-, polémica centrada en parte en el dato de la falta de su publicidad *obligatoria* en el Diario Oficial comunitario en la versión del Tratado pre-Maastricht» (ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., p. 75).

¹⁹ La Decisión N° 23/00 recoge en el art. 2 que: “Los Estados Partes deberán notificar a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM), de conformidad con el artículo 40 (i) del Protocolo de Ouro Preto, la incorporación de normas del MERCOSUR a sus ordenamientos jurídicos nacionales. La Coordinación Nacional del Grupo Mercado Común de cada Estado Parte será responsable de realizar esta notificación, en la cual deberá indicar la norma MERCOSUR y remitir el texto de la norma nacional que la incorpora”; de acuerdo con el art. 40 del citado Protocolo, el art. 3 dice que: Luego de la incorporación de una norma por todos los Estados Partes, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR deberá notificar el hecho a cada Estado Parte, en cumplimiento del artículo 40 (ii) del Protocolo de Ouro Preto. La fecha a partir de la cual la referida norma entrará en vigencia simultánea es la prevista en el Art. 40 (iii) del

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

gulado también algunos aspectos de los arts. 40 y 42 del Protocolo de Ouro Preto. En cierta medida, el art. 1 de esta Decisión repetía lo recogido en el Protocolo de Ouro Preto, cuando establece que “Conforme a lo dispuesto en el Protocolo de Ouro Preto, las Decisiones, Resoluciones y Directivas son obligatorias para los Estados Partes y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales”.

La novedad de la Decisión 23/00 fue el art. 5, el cual intentó aclarar cuáles serían las normas a incorporar en los ordenamientos nacionales y las que, a su juicio, no precisarían de incorporación. En efecto, el art. 5 disponía:

“Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR no necesitarán de medidas internas para su incorporación, en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto, cuando:

a) los Estados Partes entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR. Este entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente frase: “Esta norma (Directiva, Resolución o Decisión) no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR”. Estas normas entrarán en vigencia a partir de su aprobación.

b) el contenido de la norma ya estuviera contemplado en la legislación nacional del Estado Parte. En este caso la Coordinación Nacional realizará la notificación prevista en el Artículo 40 (i) en los términos del Artículo 2 de esta Resolución, indicando la norma nacional ya existente que incluya el contenido de la norma MERCOSUR en cuestión. Esta comunicación se realizará dentro del plazo previsto para la incorporación de la norma. La SAM comunicará este hecho a los demás Estados Partes.

Dejaremos constancia aquí de que el art. 5, aptdo. 1, podría dar lugar a algún comentario crítico respecto a su congruencia con el Derecho originario. Lo mismo podría ser dicho por lo que respecta a un entendimiento en demasía *lato sensu* que se viene dando en la

Protocolo de Ouro Preto. *Vide* PEROTTI: “Algunas precisiones de cuándo resulta necesario incorporar la norma Mercosur”, *Revista de Derecho del Mercosur/Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, N.º 4, Agosto, 2001, pp. 188-195. *Vide* también B. COZENDEY, B.: “O Sistema de Incorporação das Normas do Mercosul à Ordem Jurídica Interna”, *Dimensões da Integração no Mercosul, Cadernos do CEAM*, N.º 7, Ano III, Março, Universidade de Brasília, Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares, 2002, pp. 54-56).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

práctica en relación con lo que, en sus justos términos, podríamos entender como norma que “trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del MERCOSUR” y que, consecuentemente, “no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR”.

El art. 6 de esa misma Decisión 23/00 indica que “Cuando los Estados Partes suscriban instrumentos sujetos a posterior ratificación y depósito, la vigencia se regirá conforme a lo que cada instrumento establezca, observando los principios consagrados en el Derecho Internacional”. Asimismo, el art. 7 que: “En los casos en que las Decisiones, Resoluciones y Directivas incluyan una fecha o plazo para su incorporación, esas cláusulas revisten carácter obligatorio para los Estados Partes y deben ser incorporadas en las fechas o plazos establecidos, a efectos de poder cumplirse con el procedimiento de vigencia simultánea determinado en el Art. 40 del Protocolo de Ouro Preto”. Por su parte, el art. 8: “El GMC incluirá como punto de tratamiento prioritario en la agenda de cada una de sus reuniones ordinarias, el análisis del Cuadro de Incorporación de Protocolos, Decisiones, Resoluciones y Directivas presentado por la SAM. Al tratar este tema cada Delegación deberá informar sobre la situación del trámite de incorporación de aquellas disposiciones aún no incorporadas a su ordenamiento jurídico que así lo requieran”.

El art. 9, cuyo texto sigue, era prometedor en cuanto al alcance del proceso de integración:

1. “Con respecto a la normativa ya aprobada, se establecen las siguientes disposiciones transitorias:

i) Las Coordinaciones Nacionales deberán confirmar o corregir la información disponible en la SAM sobre las incorporaciones realizadas, mediante comunicación formal a dicho órgano antes del 30 de septiembre de 2000, indicando la norma MERCOSUR y la norma nacional que la incorpora.

ii) Los Estados Partes deberán identificar cuáles fueron las normas no incorporadas debido a las circunstancias previstas en el artículo 5 a). La identificación de estas normas se hará en orden cronológico decreciente y será realizada de forma cuatripartita en el ámbito del GMC. La SAM tomará nota de los resultados de ese trabajo con vistas a la actualización de la información que se proporcione en el Cuadro de Incorporación de Protocolos, Decisiones, Resoluciones y Directivas.

iii) Con respecto a la normativa MERCOSUR incorporada por los cuatro Estados Partes hasta la fecha de aprobación de la presen-

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

te Decisión, quedan cumplidas todas las disposiciones del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto”.

La Decisión del Consejo N° 55/00 (XIX CMC, Florianópolis, 14/XII/00), se refiere a la vigencia simultánea de las normas incorporadas por los Estados Partes, teniendo como fundamento el Protocolo de Ouro Preto, la Decisión N° 23/00 del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones N° 8/93 y 23/98 del Grupo Mercado Común. Esta Decisión no mudaría sustancialmente el sistema de vigencia de la normativa del MERCOSUR. Estaríamos ante una manifestación más de la inflación normativa del MERCOSUR, con la cual no se resolverán necesariamente, más bien todo lo contrario, las deficiencias de los mecanismos de incorporación de las normas producidas por el proceso.

La Decisión N° 20/02 sobre el “Perfeccionamiento del Sistema de Incorporación de la Normativa Mercosur al Ordenamiento Jurídico de los Estados Partes” (XXIII CMC-Brasilia, 06/XII/02) modifica algunos aspectos de la Decisión 23/00, ocupándose principalmente del plano legislativo de las normas del MERCOSUR propugnando con relación a los aspectos básicos del funcionamiento de la Organización en ese ámbito, la búsqueda del consenso y la institucionalización de las consultas internas, las cuales con toda probabilidad ya se vendrían produciendo en la práctica.

Algún tiempo después sería aprobada la Dec. N° 22/04 que trata de la “Vigencia y aplicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR (XXVI CMC, Puerto Iguazú, 7/VII/04) estableciendo criterios procedimentales para agilizar los procedimientos para la vigencia y la aplicación de las normas MERCOSUR que no necesiten tratamiento legislativo en los Estados Partes. El Anexo de esa Dec. 22/04 titulado “Lineamientos para el procedimiento de entrada en vigor de las Normas MERCOSUR que no requieran tratamiento legislativo” recoge el procedimiento a ser seguido en el proceso de incorporación de la norma mercosureña²⁰.

El art. 2 de la Dec. 22/04 indica que: “A partir de la fecha en que los Estados Partes adopten el procedimiento mencionado en el artículo 1°, todas las Normas MERCOSUR deberán incluir la fecha de su entrada en vigor”. Por otro lado, más bien como una excepción al art. 1 de la Decisión, el art. 3 señala que: “Las normas que reglamenten aspectos de organización o funcionamiento del MERCOSUR entrarán en vigencia en la fecha de su aprobación o cuando ellas lo

²⁰ Anteriormente la Decisión N° 08/03 (XXIV CMC, Asunción, 17/VI/03) regulaba el “Procedimiento para la Derogación de Normas MERCOSUR”, con algunas disposiciones algunas veces confusas y redundantes.

indiquen y no estarán sujetas al procedimiento a que hace referencia el artículo 1º de esta Decisión”²¹.

C. Dificultades constitucionales y bases para un entendimiento normativo en el MERCOSUR

La recepción de la normativa mercosureña se ve dificultada por la presencia de una serie de asimetrías constitucionales existentes en el seno del MERCOSUR en materia de incorporación y rango de los tratados internacionales -y específicamente de las normas mercosureñas-, las cuales se concretarían en las exigencias de una incorporación especial presentes en las constituciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Los problemas se agudizarían de forma particular en el Brasil y el Uruguay, debido al tratamiento de igualdad jerárquica entre el tratado internacional y la ley interna presentes en los sistemas constitucionales de estos dos países, al revés de las de Argentina y Uruguay en las cuales se los contempla con un rango supralegal. A nuestro modo de ver resulta patente que en el asunto del tratamiento de las normas del MERCOSUR por las constituciones de los cuatro Estados partes reside uno de los talones de Aquiles de este proceso de integración.

Tal vez el país que mayores problemas presente al respecto sea Brasil. En lo que concierne a la Constitución federal brasileña, señalaremos que ella es omisa respecto de la relación entre Derecho

²¹ La relación entre la intergubernamentalidad y la incorporación es vista por PENA & ROZEMBERG cuando hablan de la vigencia simultánea, en los siguientes términos: “Esta solución, creada ante la naturaleza intergubernamental de los órganos del MERCOSUR, dista mucho de ser satisfactoria. Basta observar que sólo aproximadamente el 45% de la normativa MERCOSUR aprobada está vigente” (PENA, C. y ROZEMBERG, R. “MERCOSUR: una experiencia de desarrollo institucional sustentable”, *Revista de Comercio e Integración*, 20 Marzo, 2005, p. 51).

Sobre la “internalización” de la normativa del MERCOSUR por los cuatro Estados partes o por alguno uno de ellos, así como sobre la normativa propia utilizada por cada uno de ellos para llevarla a cabo, *vid.* RIVAS, E.: Adopción e internalización de la normativa comunitaria en el seno del MERCOSUR. Un repaso histórico, *XII Encuentro de Especialistas del MERCOSUR, IV Encuentro Internacional de Derecho de la Integración*, Rosario, 9 y 10 de septiembre de 2004; *asimismo, una evaluación de orden cualitativo sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR, en MARTÍNEZ PUÑAL, A, e DOS SANTOS CARNEIRO*: “O futuro do Mercosul: crises econômicas e relações externas”, *Política en América Latina*, I Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, Ed. M. Alcantara, Salamanca, 2002, pp. 4513-4520.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Internacional Público y el Derecho interno, de manera que la jurisprudencia al respecto del Supremo Tribunal Federal desempeñó un papel muy relevante. Como ha escrito GARCÍA ÁLVAREZ: “Aquí a questão também nos interessa de perto. A República Federativa do Brasil, por diversas vezes editou regras contrariando o espírito, quando não a própria letra, de tratados internacionais em que figurava como signatário. Em relação ao MERCOSUL também a questão se coloca. Nossas autoridades diplomáticas já foram instadas a se pronunciar na tentativa de explicar “escorregões” legislativos que colidiam com decisões editadas pelos órgãos do MERCOSUL, ou com o próprio Tratado de Assunção”²².

A la vista de lo expuesto, quisiéramos subrayar aquí que la permanencia del régimen actual de incorporación de la normativa del MERCOSUR en sus cuatro Estados miembros da lugar a albergar serias interrogantes sobre la viabilidad del sistema en un futuro, sobre todo ante un previsible aumento del número de normas en un marco de progreso hacia la consecución de un mercado común.

Las reformas constitucionales en los cuatro Estados parecen ser necesarias para dar al proceso de integración regional una “visibilidad constitucional” indiscutible que haga desaparecer las trabas existentes en materia de autorización de la participación en procesos de integración de corte más profundo. Al respecto sería necesario introducir en las cuatro constituciones sendos regímenes de incorporación automática de las normas del MERCOSUR y, asimismo, en los casos del Brasil²³ y del Uruguay, a pesar de que tal concepción puede predicarse, como es bien sabido, desde los parámetros del Derecho Internacional, establecer en sus respectivas constituciones un régimen de suprallegalidad de los tratados internacionales en relación con las normas internas y, por ende, de una similar suprallegalidad de las normas aprobadas en el marco del proceso de integración regional sobre las de índole estatal²⁴.

²² GARCÍA ÁLVAREZ, A.: “Conflicto entre normas do Mercosul e Direito Interno”, *Mercosul. Lições do Período de Transitoriedade*, (Coordenação: C. RIBEIRO BASTOS y C. FINKELSTEIN), São Paulo, 1998, p. 31.

²³ Al respecto de la revisión constitucional en Brasil, CANÇADO TRINDADE escribe: “A pesar de tudo o que foi proposto, entendemos que a solução definitiva para o problema da incorporação das normas MERCOSUL ao direito brasileiro passa, necessariamente, pela reforma constitucional. Assim, seria possível admitir a aplicabilidade direta e imediata dessas normas” (CANÇADO TRINDADE O. A. D.: *O MERCOSUL no direito brasileiro: incorporação de normas e segurança jurídica*, Belo Horizonte, 2006, p. 156).

²⁴ ESTEVA GALLICCHIO, en relación con la oportunidad de una reforma

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

En el ámbito del reconocimiento de la delegación de poderes a las organizaciones internacionales y de la posibilidad de la supranacionalidad, éstas son contempladas en las constituciones de la

constitucional en el Uruguay: “La no realización de la necesaria reforma constitucional en Uruguay implica una paradójica contradicción entre el discurso casi unánimemente favorable a la integración y la reticencia en procurar una enmienda constitucional que proporcione los instrumentos técnico-jurídicos necesarios y suficientes para la instrumentación del proceso de integración en sus ulteriores etapas. (...) Si en este punto la Constitución uruguaya no es reformada -adviértase que aunque pudo ser considerada modélica en 1966, hoy es la más antigua de las cuatro consideradas-, la omisión determinará que algunos autores sostengan interpretaciones de la Constitución generadoras de imprevisibles consecuencias, como por ejemplo, limitaciones a la soberanía admisibles y transferencias de soberanías interdictas” (ESTEVA GALLICCHIO: “La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes del Mercosur”, *El Mercosur después de Ouro Preto. Aspectos Jurídicos*, cit., p. 50).

La inclusión de la cobertura constitucional en materia de integración ha sido un tema susceptible de interpretaciones diferentes. Así, PEROTTI, se situaría en la órbita de una interpretación permisiva en las cuatro constituciones, tal como puede verificarse en su Tesis Doctoral:

“1. En todos los países miembros del Mercosur tienen regulado en sus textos fundamentales una cláusula de habilitación para la integración económica y social del Estado. Las diferencias más importantes que ellas presentan hacen relación a la estructura propia de cada disposición; específica y detallada en los casos de Argentina y Paraguay, y programática en los de Brasil y Uruguay.

4. En primer lugar, en lo que hace al aspecto institucional de la consulta, esto es la posibilidad de aceptar órganos supranacionales, las argumentaciones constitucionales invocadas como óbices resultan susceptibles de una lectura positiva.

7. En el caso específico de un Tribunal de Justicia de corte supranacional los obstáculos oportunamente reseñados no resultan contundentes si se repara en que, con su constitución, las facultades de los poderes judiciales internos antes que verse afectadas, se amplían significativamente. Al mismo tiempo, lo que sí puede poner en duda la constitucionalidad del proceso de integración es la actitud omisiva de las Partes en establecer un órgano judicial comunitario, en tanto ello provoca una verdadera falta de acceso a la jurisdicción para los particulares. Finalmente, la práctica internacional seguida por los Estados del Mercosur ofrece un argumento adicional cuya importancia no debe ser soslayada.

8. En términos generales, la existencia de las cláusulas de habilitación para la integración económica y social del Estado demuestra que la voluntad del constituyente ha sido permitir tratados internacionales que,

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Argentina y del Paraguay, en las cuales se recoge la delegación de poderes a organismos supranacionales, no existiendo previsión expresa en el caso de los textos constitucionales del Brasil y del Uruguay. Encontramos, pues, además de las asimetrías económicas y geográficas existentes entre los países mercosureños, unas asimetrías constitucionales, a nuestro juicio, poco justificables entre países que declaran trabajar en pro de la integración regional.

En nuestra opinión, la resolución de los problemas normativos del MERCOSUR no pasa por una inflación de sus normas que, más allá de no contribuir a la funcionalidad del sistema y causar una confusión normativa, pone de manifiesto tres realidades que conviene subrayar: las deficiencias del sistema de la vigencia simultánea, la necesidad de reformas constitucionales en los países del MERCOSUR, la necesidad urgente de un órgano judicial y la necesidad de un órgano que pueda exigir de los Estados el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el ámbito del MERCOSUR.

Un proceso de integración de la envergadura del MERCOSUR requiere de un profundo esfuerzo político de las clases dirigentes de

a diferencia de aquellos de corte clásico, instituyan órganos supranacionales.

9 Las cuestiones que suscita el segundo interrogante, a saber la viabilidad constitucional de un sistema jurídico comunitario, también pueden ser respondidas de manera permisiva.

10 En efecto, varios elementos confluyen a la hora de fundamentar la afirmación anterior. Inicialmente, debe destacarse que los derechos internos bajo examen, algunos de forma explícita (Argentina y Paraguay) y otros de manera implícita (Brasil y Uruguay), permiten sustentar la superioridad jerárquica de los tratados y actos internacionales sobre las normas legislativas internas que les sucedan o antecedan, así como también la vigencia automática de aquéllos en el seno del derecho nacional y la posibilidad de su invocación por los particulares ante las autoridades estatales, en especial ante los tribunales. Finalmente, cabe enfatizar que:

13 Cada constitución habilita a su turno, a través de los recursos y la interpretación que surgen del ordenamiento jurídico interno, la consolidación del Mercosur mediante la inclusión de órganos supranacionales y la elaboración de un ordenamiento jurídico comunitario.

14 Todos los ordenamientos examinados plantean cuestiones de análisis e interpretación, algunos de una entidad más compleja que la de otros, pero en cualquier caso, ninguna con una trascendencia tal que invalide la afirmación precedente (salvo factores extrajurídicos que por su naturaleza resultan ajenos a esta investigación)".

PEROTTI: *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Estudio sobre los Estados del Mercosur, Montevideo, 2004, pp. 1033-1035.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

sus Estados miembros para hacerlo realidad, de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos en el Tratado de Asunción. Resulta necesario que los Estados asuman la integración del MERCOSUR como algo propio, con todas sus consecuencias jurídicas y políticas, habida cuenta de que el proceso a pesar de su cariz “económico” debería de trascender esta perspectiva para pasar a situarse de forma consciente dentro de un arco multidimensional. Por otra parte, la multiplicidad de los subgrupos, grupos de trabajos, reuniones de ministros del MERCOSUR nos ofrecen, en esa misma línea de conjunción de matices, una idea de la complejidad que envuelve una integración de los distintos perfiles de la economía y de las variables que introducen los intereses de las personas a proteger, todo ello en el marco de un proceso de integración como el mercosureño llamado a desembocar en un mercado común.

BLANCA

CAPÍTULO V

LIBERALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE SERVIÇOS NO MERCOSUL E NA COMUNIDADE ANDINA À LUZ DO ARTIGO V GATS *

*(LIBERALIZATION OF TRADE IN SERVICES IN THE MERCOSUR AND
THE ANDEAN COMMUNITY IN THE LIGHT OF ARTICLE V GATS)*

Waldemar Hummer/Andrea Schmid

RESUMEN:

El presente trabajo se dedica a la investigación de un fenómeno casi desconocido, tanto en Europa como en América Latina. Se trata de la liberalización del comercio de servicios en base al Art. V GATS (General Agreement on Trade in Services, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, AGCS) tanto a nivel “regional” como a nivel “sub-regional” en el Cono Sur de América Latina, presentando a la vez la formación de las zonas de integración (sub)regional en esta región. De esta presentación se desprende de que los Estados Miembros de las mismas no han pensado solamente en la liberalización del comercio de bienes, sino en el transcurso de tiempo también en la liberalización del comercio de servicios.

Basándose en una amplia presentación de los requerimientos jurídicos para tales “Economic Integration Agreements” (EIAs) contenidos en el Art. V GATS se desarrolla una profunda investigación de las técnicas de liberalización de servicios en América Latina, concentrándose en los regímenes sub-regionales de liberalización en el MERCOSUR y en la Comunidad Andina dentro del seno de la ALADI. La investigación comprueba

* Pela tradução para a língua portuguesa, gostaríamos de agradecer à advogada Talita da Silva Bonato.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

una vez más el hecho de que en América Latina en general no se ha adoptado la técnica de las “listas positivas”, inspirada por el mismo GATS, sino -al contrario- la técnica de las “listas negativas”. Solamente en el seno del MERCOSUR la liberalización de la prestación de servicios se efectúa mediante la adopción de “listas positivas”, mientras que la técnica de las “listas negativas” -inspirada por el concepto de la ALCAN (NAFTA)- penetra todos los demás regímenes de liberalización del comercio en América Latina.

En comparación con los pocos trabajos científicos existentes que enfocan esta temática en su mayoría desde el punto de vista económico-político, este trabajo se concentra primordialmente a los aspectos jurídicos de dicha materia.

PALABRAS-CLAVE:

Integración regional - Clausula de la nación más favorecida - Liberalización del comercio de servicios - Art. V GATS - “Listas positivas” - “Listas negativas” - Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios (1997) - Decisión n° 439 de la Comisión de la Comunidad Andina (“Marco General”) - ALADI.

ABSTRACT:

This paper attempts to fill a gap in the Latin American as well as the European literature by providing a comprehensive overview of different regimes of services liberalization in three specific Latin American “Economic Integration Agreements” (EIAs) from a legal point of view. The paper starts with a general survey of the legal basis of regional economic integration in the area of trade in goods (Art. XXIV GATT, “waiver” - Art. XXV:V GATT, “enabling clause”) as well as in the area of trade in services (Art. V GATS). Subsequently it deals with the legal requirements of EIAs according to Art. V GATS and analyses the methods of services liberalization in regional as well as subregional EIAs in the Southern Cone of Latin America, focusing particularly on LAIA (Latin American Integration Association), MERCOSUR (Southern Common Market) and the Andean Community.

KEY WORDS:

Regional integration - Most favoured nation clause - Liberalization of trade in services - Art. V GATS - “Positive-list” approach - “Negative-list” approach - Protocol of Montevideo on Trade in Services (1997) - Decision N° 439 of the Commission of the Andean Community (“General Framework”) - LAIA.

SUMARIO: 1. *Introdução.* 2. *Cláusula da Nação Mais Favorecida versus “Exceções de Zonas de Integração Regional” no GATT e GATS.* 2.1. *Fundamentos jurídicos para zonas de preferência regionais no Comércio de Bens.* 2.2. *Fundamentos jurídicos para acordos de integração econômica no Comércio de Serviços (Art. V do GATS).* 2.2.1. *Normas Materiais.* 2.2.1.1. *Uma “cobertura setorial substancial”*

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

(“substantial sectoral coverage”). 2.2.1.2. Eliminação substancial de toda discriminação (“substantially all discrimination”). 2.2.1.3. Proibição do aumento do nível geral de barreiras comerciais contra terceiro estado (“overall level of barriers”). 2.2.1.4. Regras de Origem (“rules of origin”). 2.2.2. Regras processuais. 2.2.2.1. Condições Teóricas do GATS. 2.2.2.2. Aplicação Prática. 2.2.3. Técnicas de liberalização na prática. 2.2.3.1. Listas Positivas”, “Listas Negativas” e “Listas Híbridas”. 2.2.3.2. Técnica de liberalização na América Latina e no Caribe. 3. Integração na América Latina. 3.1. No nível regional: ALALC - ALADI. 3.2. No nível sub-regional: Pacto Andino/ Comunidade Andina, MERCOSUL. 3.2.1. O Sub-regionalismo: um conceito dogmáticamente mal entendido. 3.2.2. Formas Concretas do Sub-regionalismo no Cone Sul. 3.2.2.1. Do Pacto Andino (PA) a Comunidade Andina (CAN). 3.2.2.2. MERCOSUL. 4. Liberalização de serviços nas zonas de integração latino americanas. 4.1. Liberalização de serviços a nível regional - ALADI (1980). 4.2. Liberalização do comércio de serviços no nível “sub-regional” - MERCOSUL. 4.2.1. Normas de direito primário. 4.2.2. Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL (1997). 4.2.2.1. Obrigações e Disciplinas Gerais. 4.2.2.2. Programa de Liberalização. 4.2.2.3. Anexos ao Protocolo de Montevideu. 4.2.3. Direito derivado pertinente. 4.2.4. Acordos pertinentes. 4.2.5. Liberalização do Comércio de Serviços no MERCOSUL e GATS. 4.3. Liberalização do Comércio de Serviços na Comunidade Andina. 4.3.1. Disposições de direito primário. 4.3.2. Disposições de direito derivado. 4.3.2.1. Denominação, Quórum, Tomada de Decisões e Qualidade jurídica do direito derivado. 4.3.2.2. Visão Geral sobre as principais regras jurídicas de direito derivado para a liberalização do comércio de serviços. 4.3.2.3. “Marco Geral para a Liberalização do Comércio de Serviços na Comunidade Andina”. 4.3.2.3.1. Objetivo, Definições e Âmbito de Aplicação. 4.3.2.3.2. Princípios básicos da liberalização na Comunidade Andina. 4.3.2.3.3. Princípios básicos da liberalização na Comunidade Andina. 4.3.2.4. Visão Geral sobre a Técnica para a Liberalização do Comércio de Serviços. 4.3.2.5. O “inventário” – a “Lista Negativa” da CAN (Regime 1). 4.3.2.6. Redução das medidas restritivas especificadas no “inventário” (Regime 2). 4.3.2.7. Decisões Setoriais específicas já existentes antes da Decisão n.º 439 (Regime 3). 4.3.2.8. Decisões setoriais específicas (Regime 4). 4.3.2.9. Decisões para o aprofundamento da liberalização ou para a harmonização de normas (Regime 5). 4.3.2.10. O Setor de Serviços Financeiros (Regime 6). 4.3.2.11. Cooperação mais rápida e profunda nos termos do Art. 16 da Decisão n.º 439 (Regime 7). 4.3.2.12. Regime Especial para Bolívia e Equador (Regime 8). 4.3.3. Liberalização do Comércio de Serviços na Comunidade Andina e GATS. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O presente trabalho procura estabelecer uma primeira comparação da liberalização do comércio de serviços em duas zonas de integração sub-regional latino-americanas no Cone Sul, no *MERCOSUL* e na *Comunidade Andina* (CAN). Essa temática, quase totalmente desconhecida na Europa, é também pouco conhecida no espaço latino-americano e, desta forma, ainda não explorada exaustivamente pela literatura¹. Tanto que o estudo, em alguns assuntos, chega a tratar de questões realmente novas. Por outro lado, os pressupostos básicos para uma liberalização do setor de serviços e de prestação de serviços em zonas de integração regionais, são em si geralmente desconhecidos, sendo conveniente uma introdução também neste assunto.

Primeiramente serão apresentados, de forma sucinta, os pressupostos gerais para a formação de zonas de integração regional para a liberalização do comércio de serviços no âmbito da OMC, no sentido do Art. V do GATS (1994). Embora exista uma série de diferenças estruturais entre zonas de integração regionais que se dedicam à *liberalização do comércio de bens* e àquelas que se dedicam à *do comércio de serviços*, procura-se muitas vezes, tanto na literatura quanto na prática, estabelecer uma analogia entre essas zonas. Na qual seria proposto que as liberalizações de serviços regionais, segundo o Art. V do GATS (1994) seria análogo ao historicamente quase 50 anos mais antigo Art. XXIV do GATT (1947) para o comércio de bens. A linha guia é alcançar o objetivo comum das zonas de integração regionais -em regime de exceção à “Cláusula da Nação Mais Favorecida” (“*Most-favoured-nation principle*”, MFN) nos termos do Art. I do GATT e Art. II do GATS- ou seja, realizar uma integração entre alguns membros da OMC, sem a necessidade de transmitir as já concedidas preferências “*inter se*” automática e incondicionalmente a todos os outros estados membros da Organização.

Contrário a essa analogia do Art. XXVI do GATT em relação ao Art. V do GATS, devido à diferença estrutural entre essas duas regras, é possível referir-se a uma série de reconhecimentos da dogmática jurídica, que serão também confirmados pela prática latino-americana no sistema jurídico das zonas de integração regional para o comércio

¹ Para o MERCOSUL ver recentemente GARI, G., “Legal Instruments for the Liberalization of Trade in Services at the Sub-Regional Level: The MERCOSUR case”, em *Penn State International Law Review*, Vol. 25, 2007, p. 659 ss., para a Comunidade Andina deve ser indicados trabalhos anteriores, como por exemplo: DANGOND, M. E., “Andean Community Decision 439 on Services Trade”, em STEPHENSON (ed.), “*Liberalizing Trade in Services in the Western Hemisphere*”, 2000, p. 180ss.

de serviços². Assim, no âmbito de uma zona de integração regional na América Latina é de se observar, por exemplo, que a liberalização do setor de serviços é conscientemente diferente, e não possui a mesma estrutura que o regime de liberalização do comércio de bens.

Em seguida, tratar-se-á dos mecanismos desenvolvidos na prática para a liberalização do comércio de serviços e prestação de serviços, a saber: a criação de listas de compromissos específicos, na forma de consentimentos de liberalização positivos individuais (“*lista positiva*”) ou na forma de consentimentos de liberalização geral, sem embargo da possibilidade de conservar o regime de exceção (“*lista negativa*”). Além disso, encontra-se também tanto formas híbridas como variantes das “listas-positivas” e “listas negativas”.

A parte seguinte do trabalho ocupar-se-á dos diferentes regimes de liberalização do comércio de serviços no *Mercado Comum do Sul* (MERCOSUL, 1991) bem como no *Pacto Andino* (PA, 1969) e sua organização sucessora a *Comunidade Andina* (CAN, 1987). Neste contexto, deve-se primeiramente analisar, de forma sucinta, a origem (em conformidade com o GATT) e o atual grau de desenvolvimento das duas zonas de integração. Ambas estabelecem em seus tratados de constituição o objetivo de formar um Mercado Comum³ com base numa União Aduaneira. Contudo, ambas empreenderam esforços para a liberalização do comércio de serviços entre os membros zonais, mas de fato, em forma e intensidade diferentes. Enquanto no MERCOSUL a liberalização da prestação de serviços foi introduzida na sua normativa, principalmente, através de acordo adicional de direito internacional próprio dos Estados Partes (Protocolo de Montevideu-1997), no âmbito da Comunidade Andina a regulamentação do direito primário para a liberalização de serviços seria, de forma mais precisa, estabelecida exclusivamente através de direito derivado (Decisões da Comissão n° 439, 510 e 659).

2. Cláusula da Nação Mais Favorecida versus “Exceções de Zonas de Integração Regional” no GATT e GATS

A obrigação geral da cláusula da nação mais favorecida no GATT (Art. I) e no GATS (Art. II) multilateraliza as preferências bilaterais ou multilaterais (entre poucos Estados) restritivas concedidas, ao estendê-las automática e incondicionalmente a todos os membros do GATT e

² Ver seguinte no Capítulo 4.1

³ A fase de Mercado Comum é identificado como objetivo final, qual fixação definitiva até hoje não foi realizada. Tanto que o estado atual dessas duas zonas de integração representa ainda uma união aduaneira *in statu nascendi*.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

GATS. Dessa forma essa obrigação da nação mais favorecida é vista como o “motor do comércio mundial”, mas opõem-se diametralmente a uma estreita incorporação econômica de alguns Estados, que devem estender as vantagens concedidas imediatamente a todos os demais membros da OMC, sem qualquer outro requisito ou condição. Para possibilitar tal favorecimento especial “*inter se*” entre um grupo mais estreito de Estados, tanto o GATT como o GATS, possuem exceções legais ao princípio da cláusula da nação mais favorecida⁴ na forma da chamada “exceções de zonas de integração regional”.

Uma vez que “serviços”, enquanto prestação imaterial – já que não se constitui em mercadoria – não podem ser “tarifados”, não é possível reconhecer a sua liberalização a partir dessas duas formas de ordem política. Os termos zona de livre comércio e união aduaneira, nos termos do Art. XXIV parágrafo 8 alíneas “a” e “b” do GATT que se caracterizam principalmente pela eliminação das tarifas alfandegárias internas ou no caso da união aduaneira também através da formação de uma tarifa alfandegária externa comum. Desta forma zona de livre comércio e união aduaneira são conceitos limitados à liberalização do comércio de bens. Uma vez que o conceito “preferência” está relacionado em regra principalmente com o comércio de bens⁵, no presente artigo o conceito “*zonas de preferência regionais*” será utilizado somente em relação com a integração regional no âmbito do comércio de bens. A integração regional no comércio de serviços será conseqüentemente qualificada não como “zona de preferência regional”, mas sim como “Acordo de Integração Econômica” (“*Economic Integration Agreements*”, EIA), término correspondente ao Art. V do GATS. Como denominação para esforço de integração econômica será neste estudo utilizado o término neutral uma “zona de integração regional” tanto para o setor de comércio de mercadorias como também para o de comércio de serviços.

Os diferentes motivos políticos e econômicos para a conclusão dessas “zonas de integração regional” não poderão, no entanto, serem neste trabalho profundamente tratados⁶.

⁴ Ver MATTOO, A., “MFN and the GATS” em COTTIER, T.-MAVROIDIS, P.C. (ed.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, 2002., p. 51 ss; ABU-AKEEL, A., “The MFN as it Applies to Service Trade. New Problems for an Old Concept”, em *Journal of World Trade* 33(4), 1999, p.103 ss.

⁵ Nesse sentido, o Art. XXIV do GATT diferencia as preferências tarifárias (direito de união aduaneira) das não tarifárias.

⁶ Ver FINK, C. - MATTOO, A., “Regional Agreements and Trade in Services: Policy Issues”, em *Journal of Economic Integration*, 19(4), Dezembro 2004, p. 742 ss.

2.1. Fundamentos jurídicos para zonas de preferência regionais no Comércio de Bens

Para a *liberalização do comércio intra-zonal de mercadorias*, mais Estados podem organizar-se tanto

(a) nos termos do Art. XXIV do GATT; como também

(b) com base numa “*waiver*”, segundo o Art. XXV parágrafo 5 do GATT. No caso de países em desenvolvimento, compreendendo as chamadas integrações Sul-Sul, estes podem também optar pelo

(c) fundamento jurídico da chamada “Cláusula de Habilitação” (“*enabling clause*”)⁷.

Ad (a) O Art. XXIV do GATT exige das zonas de preferência regionais a opção obrigatória pela formação de uma zona de livre comércio ou de uma união aduaneira como forma de integração, bem como a comprovação de que parte essencial de todo o comércio intrazonal será liberalizado e que depois da formação da zona de integração o comércio mundial não será mais onerado do que era anteriormente.

Ad (b) Todavia, se o grupo de Estados recebe uma “*waiver*” concedida por outro estado membro do GATT (com maioria de dois terços) poderá, lícitamente, com base nessa autorização excepcional, divergir desses pressupostos e ainda assim formar uma zona de preferência em conformidade com o GATT.

Ad (c) A “Cláusula de Habilitação” (“*enabling clause*”) permite aos países em desenvolvimento uma integração “*à la carte*”. Isso significa que tais países, em suas zonas de integração, podem conservar ainda certos elementos protecionistas, a fim de proteger suas indústrias nascentes (“*infant industries*”). A OMC classifica as zonas de integração notificadas que optaram pela “Cláusula de Habilitação”, como “*União Aduaneira*”, “*Zona de Livre Comércio*” ou ainda como “*Partial Scope Agreements*”⁸.

Todos esses três fundamentos jurídicos para zonas de preferência regionais no âmbito do GATT referem-se, como mencionado, somente à liberalização do *comércio de bens* dentro da zona de integração. Isso porque, à época da aprovação do GATT’47, o termo “serviço” não era conhecido como um fator relevante da economia externa

⁷ Differential and more favourable treatment, reciprocity and fuller participation of developing countries, Decision of the CONTRACTING PARTIES of 28 November 1979 (L/4903).

⁸ “Partial scope agreements falling under the legal cover of the Enabling Clause concern exclusively agreements among developing countries and in most cases they tend to have limited product coverage”. Ver CRAWFORD, J.-A. - FIORENTINO, R., “The Changing Landscape of Regional Trade Agreements”, WTO Discussion Paper N.º 8, 2005, p. 5.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

como atualmente. No âmbito do comércio exterior pensava-se, ainda, somente em setores de troca de produtos.

Deve-se levar em consideração também, que a liberalização do comércio de bens é tecnicamente muito menos complexa de se realizar do que a de serviços. As *mercadorias* -para sua eventual liberalização-, de um lado, facilmente descritas, padronizadas e também comparadas e, por outro lado, também facilmente limitadas, seja por meio de barreiras alfandegárias ou por restrições quantitativas. Entre zonas de preferência regionais mais complexas acrescentam-se ainda os elementos restritivos de medidas de efeito equivalente como tarifas alfandegárias bem como restrições quantitativas⁹. Regra geral, essas restrições advêm no momento em que a mercadoria cruza a fronteira, de forma que é relativamente fácil verificar a sua supressão. A liberalização do comércio de bens nas zonas de livre comércio e uniões aduaneiras no âmbito do GATT se dá, por conseguinte, a partir da redução interna das tarifas alfandegárias e restrições quantitativas, bem como da eliminação subsequente de medidas de efeito equivalente.

O desenrolar histórico das zonas de integração analisadas no Cone Sul condiciona, dentro deste contexto, uma adaptação do fundamento jurídico do Art. XXIV do GATT (1947) originalmente escolhido, pela “Cláusula de Habilitação” (1979). É interessante observar, no entanto, que os pressupostos originais do Art. XXIV do GATT, bem como a obrigação da opção pela forma de zona de livre comércio ou união aduaneira, foram conservadas apesar da mudança para a “Cláusula de Habilitação”, possibilidade essa somente posteriormente existente no caso da integração favorecida “Sul-Sul”. Trataremos mais profundamente dessa problemática especial no desenvolvimento deste trabalho.

2.2. Fundamentos jurídicos para acordos de integração econômica no Comércio de Serviços (Art. V do GATS)

Dois ou mais Estados podem organizar-se, com base no Art. V do GATS, para a liberalização do comércio intrazonal de serviços. Em lugar de uma restrição à circulação de bens através de barreiras alfandegárias e restrições quantitativas nos termos do Art. XXIV do GATT há, no caso do comércio de serviços, a restrição legal ou administrativa do acesso a mercados por serviços estrangeiros ou

⁹ Ver MATHIS, J., “Regional Trade Agreements and Domestic Regulation: What Reach for “Other Restrictive Regulations of Commerce”?, em BARTELS-ORTINO (ed.), “Regional Trade Agreements and the WTO”, 2007, p. 79 ss.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

prestadores de serviços estrangeiros, podendo apresentar-se em diferentes formas¹⁰. O GATS não determina nenhuma especificação especial a nível universal nem para os setores a serem incluídos, nem para cada setor o grau de liberalização a ser alcançado. O real grau de liberalização que será concedido por cada um dos estados membros da OMC, será especificado somente pelas “obrigações especiais” (“*specific commitments*”) contidos nas “listas” (“*schedules*”), dos quais resultará no grau de liberalização universal do GATS.

Fundamentalmente, o Art. I parágrafo 2 do GATS compreende os seguintes quatro *modos de prestação* no comércio internacional de serviços:

(a) do território de um membro para o território de qualquer outro membro “prestação transfronteiriça” (“*cross border trade*”);

(b) no território de um membro para um consumidor de serviços de qualquer outro membro “consumo no exterior” (“*consumption abroad*”);

(c) pelo prestador de serviços de um membro mediante a presença comercial no território de qualquer outro membro “presença comercial” (“*commercial presence*”) e

(d) pelo prestador de serviços de um membro mediante a presença de pessoas físicas de um membro no território de qualquer outro membro “presença temporária de pessoa física” (“*temporary presence of natural persons*”)¹¹.

No *nível universal* do GATS não há nenhuma obrigação para incluir todos os setores de serviços, tampouco para liberalizar “*in toto*” todos os já mencionados modos de prestação em cada um dos setores selecionados.

¹⁰ Comparar sobre as diferentes restrições possíveis no setor de services, por exemplo: STERN, R., “Quantifying Barriers to Trade in Services”, em HOEKMAN-MATTOO-ENGLISH (ed.), “Development, Trade and the WTO. A Handbook”, 2002, p. 247 ss.; LOWENFELD, A., “International Economic Law”, 2002, p. 110 ss. (113 ss.); MATSUSHITA, M.-SCHOENBAUM, T.-MAVROIDIS, P. (ed.); “The World Trade Organization: law, practice and policy”, 2003, p. 227ss. (237ss.); TREBILCOCK, M.-HOWSE, R., *The Regulation of International Trade, 3rd Edition*, 2005, p. 349 ss. (351 ss.).

¹¹ Ver entre outros em LOWENFELD (Nota 10), p. 115 s.; MATSUSHITA-SCHOENBAUM-MAVROIDIS (Fn. 10), p. 229 ss; HOEKMAN, B.-KOSTECKI, M., *The Political Economy of the World Trading System, The WTO and Beyond*, 2nd Edition, 2001, p. 250 ss.; ADLUNG, R.-CARZENIGA, A.-HOEKMAN, B.-KONO, M.-MATTOO, A.-TUTHILL, L., “The GATS: Key Features and Sectors”, em HOEKMAN-MATTOO-ENGLISH (Nota 10), p. 259.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Ao contrário há no *nível regional* -nos termos do Art. V parágrafo 1 alínea “a” do GATS obrigações fixadas a fim de alcançar uma “*substantial sectoral coverage*”- a obrigação indicativa de não excetuar “*ex ante*” nenhum “setor essencial”, ou mesmo algum dos já especificados modos de prestação, do regime de liberalização¹². Dessa especificação restritiva no setor de “*Economic Integration Agreements*” regionais coerentes, segundo o Art. V do GATS, pode-se concluir que tanto o grau de liberalização a ser alcançado, bem como a extensão dos setores compreendidos, como também a profundidade de liberalização desses setores supera (em muito) no nível universal do GATS¹³. Tal situação é qualificada na literatura como “GATS+”. Os poucos estudos existentes relativos a esse assunto mostram esse fenômeno, principalmente no espaço asiático, de forma significativa mais não muito ampla¹⁴.

Não é imprescindível, entretanto, que um acordo de integração econômica mantenha-se “escravo” à nomenclatura desses quatro modos de prestação, como demonstra o exemplo da Comunidade Européia (CE), que em 1995 notificou a OMC (também) baseada no Art. V do GATS¹⁵. Assim, a CE reconhece no âmbito do seu mercado interno a *livre prestação de serviços* e, ao mesmo tempo, uma *liberdade de estabelecimento* -como outra liberdade de mercado- que, entretanto, não é considerada um modo de prestação específico de serviços como no GATS, mas sim como uma liberdade de mercado específica. A livre prestação de serviços na CE compreende os seguintes quatro modos de prestação no mercado interno: (a) prestação de serviços ativa ou positiva; (b) prestação de serviços passiva ou negativa; (c) prestação de serviços de profissional

¹² Ver nota para Art. V do GATS, ver também Capítulo 2.2.1.1.

¹³ Para o grau de liberalização alcançado a nível GATS universal, tanto em relação aos estados membros e setores, como também modos de prestação, ver estudo de ADLUNG, R.-ROY, M., “Turning Hills into Mountains? Current Commitments Under the General Agreement on Trade in Services and Prospects for Change”, em *Journal of World Trade* 39(6), 2005, p. 1161.

¹⁴ Ver estudo de ROY, M.-MARCHETTI, J.-LIM, H., “Services Liberalization in the New Generation of Preferential Trade Agreements (PTAs): How Much Further than the GATS?”, WTO Staff Working Paper ERSD-2006-07, 2006, que realiza uma comparação da declaração de liberalização em “Economic Integration Agreements” com as declarações existentes nas listas do GATS e ofertas da Rodada de Doha; ver especialmente no âmbito asiático o estudo de FINK, C.-MOLINUEVO, M. “East Asian Free Trade Agreements in Services: Roaring Tigers or Timid Pandas?”, East Asia and Pacific Region, Report N° 40175, The World Bank.

¹⁵ Ver para tanto Documento OMC S/C/N/6 de 10 de novembro de 1995.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

autônomo e (d) prestação/consumação de serviços em terceiro país¹⁶.

Neste contexto, os quatro modos de prestação no mercado interno da CE correspondem da seguinte forma aos modos de prestação do GATS: a prestação de serviços ativa/positiva na CE corresponde à presença de pessoa física (“*temporary presence of natural persons*”) do GATS; a prestação de serviços negativa/passiva ao consumo no exterior (“*consumption abroad*”); a prestação de serviços de profissional autônomo à prestação transfronteiriça (“*cross-border-trade*”); e a prestação/consumação de serviços em terceiro país classifica-se tanto como presença de pessoas físicas (“*presence of natural persons*”) como consumo no exterior (“*consumption abroad*”). A liberdade de estabelecimento -como uma liberdade de mercado própria no mercado interno- por sua vez, representa a presença comercial (“*commercial presence*”)¹⁷.

O Art. 5 do GATS, da mesma forma que o Art. XXIV do GATT, marca-se por uma série de formulações pendentes de interpretação, o que dificulta e, até mesmo impossibilita, uma maior concretização das condições de integração regional no âmbito de comércio de serviços, bem como, na prática, a sua aplicação e controle. E nem mesmo a prática geral dos órgãos da OMC ou aplicação prática através do órgão de controle competente “Comitê de Acordos Comerciais Regionais” (“*Committee on Regional Trade Agreements*”, CRTA)¹⁸ (que não pôde apresentar nenhum relatório de auditoria desde 1995) proporcionaram uma maior concretização ou precisão desses vagos conceitos. Uma única vez houve a tentativa no sistema de soluções de controvérsias, no âmbito da OMC, de especificar melhor o Art. V do GATS, mas sem proposição substancial de critérios individuais de interpretação¹⁹.

O Art. V do GATS apresenta tanto normas “materiais” quanto “processuais”. As disposições materiais dividem-se em condições “internas” e “externas”. Além disso, estão previstas disposições próprias sobre regras de origem. Os mais importantes critérios “internos”,

¹⁶ SCHWEIZER, M.-HUMMER, W.-OBWEXER, W. *Europarecht. Das Recht der Europäischen Union* 2007, Cifra 1507 s.

¹⁷ Também o Tribunal de justiça das Comunidades Europeias procura no seu Parecer 1/94, OMC (GATT/GATS/TRIPS), Slg. 1994 S. I-5267 uma coordenação correspondente, Cifra 43ss.

¹⁸ O “Committee on Regional Trade Agreements” (CRTA) foi criado em 6 de fevereiro pelo Conselho Geral, ver WT/L/127 de 7 de fevereiro de 1996.

¹⁹ Ver para tanto Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry”, Panel Report de 11 de fevereiro de 2000, WT/DS/139/R.

ou seja, cada regra do Art. V do GATS que tem por objeto a eliminação dos obstáculos internos ao comércio de serviços entre parceiros econômicos numa EIA, encontram-se no Art. V parágrafo 1 alínea “a” -“*substantial sectoral coverage*”- e “b” -“*substantially all discrimination*”. Os critérios “externos” estão elencados, sobretudo, no seu parágrafo 4 -“*shall not (...) raise the overall level of barriers*”. O parágrafo 6, por sua vez, contém as regras de origem para EIA²⁰.

2.2.1. Normas Materiais

2.2.1.1. Uma “cobertura setorial substancial” (“*substantial sectoral coverage*”)

O Art. V parágrafo 1 alínea “a” do GATS refere-se à dimensão da liberalização do comércio intrazonal de serviços a ser alcançada por um EIA e o especifica no sentido da existência obrigatória de uma ampla cobertura setorial (“*substantial sectoral coverage*”). Esse requisito será melhor definido na nota de rodapé do Art. V parágrafo 1 do GATS em termos de quantidade de setores de serviços compreendidos na liberalização intrazonal, de volume do comércio afetado pelos mesmos e também os modos de prestação²¹. Destas três condições, que são aliás muito vagas, somente este último é melhor especificado, no sentido de que é inadmissível a exclusão completa “*a priori*” de um dos quatro, já mencionados, possíveis modos de prestação.

Contudo, a pergunta que fica em aberto, é se um setor de serviços (inteiro) pode ser excluído ou não do processo de liberalização. Ou ainda, se pode ser considerada válida a inclusão de um setor, sendo que ao mesmo tempo, importantes sub-setores deste permanecem ignorados. Da mesma forma, não está claro também como deve ser, de fato, calculado o respectivo volume comercial afetado pelo setor

²⁰ Para uma compilação das perguntas relevantes a cada um dos critérios do Art. V do GATS ver o primeiro comentário ao Art. V do GATS: COTTIER, T.-MOLINUEVO, M, “GATS Article V-Economic Integration”, em WOLFRUM-STOLL-FEINÄUGLE (eds.), *Max-Planck-Commentaries on GATS on World Trade Law*, Vol. 6: WTO-Trade in Services (2008); Para cada uma das concretizações apresentadas pelos Estados da OMC ver Documento OMC WT/REG/W37, “Synopsis of, Systemic Issues’ related to Regional Trade Agreements”, de 2 de março de 2000; ver também Documento OMC TN/RL/W/8/Rev.1, “Compendium of Issues Related to Regional Trade Agreements”, Background Note by the Secretariat, de 1 de agosto de 2002.

²¹ “This condition is understood in terms of numbers of sectors, volume of trade affected and modes of supply. In order to meet this condition, agreements should not provide for the a priori exclusion of any mode of supply”.

de serviços. Estas e outras questões similares foram suscitadas no decorrer do processo de controle de EIA regionais pelo “Comitê de Acordos Comerciais Regionais” (“*Committee on Regional Trade Agreements*”, CRTA) dos estados membros da OMC, mas por este não suficientemente respondidas²². Tendo em vista esta falta de esclarecimentos, não é possível uma exata declaração de compatibilidade sobre a admissibilidade da não inclusão de certos setores de serviços no processo de liberalização intrazonal.

Esta regra do Art. V parágrafo 1 alínea “a” do GATS apoia-se ao já mencionado critério da “*substantially all the trade*” nos termos do Art. XXIV parágrafo 8 alíneas “a/i” e “b” do GATT, postulado para uma zona de livre comércio e união aduaneira que devem liberalizar a “maioria de todo o comércio intrazonal de bens”. Uma parte da literatura pertinente tenta completar esse indeterminado conceito de acordo da “*substantially all the trade*” através de uma determinação em forma de porcentagem com conteúdo preciso²³, ao contrário a prática de controle do GATT não estabelece, neste caso, nenhuma porcentagem obrigatória. Essa indicação na literatura para uma melhor determinação do critério de “*substantially all the trade*” no comércio de bens não se pode aplicar desde o princípio da determinação do critério de “*substantial sectoral coverage*” no campo do comércio de serviços - isso levando em consideração a dificuldade de se registrar a prestação de serviços internacionalmente negociada e a falta de dados estatísticos correspondentes.

2.2.1.2. Eliminação substancial de toda discriminação (“*substantially all discrimination*”)

O Art. V parágrafo 1 alínea “b” do GATS prevê a eliminação de basicamente todas as medidas discriminatórias (“*substantially all discrimination*”) no sentido do tratamento nacional (Art. XVII do GATS) entre as partes de um EIA. A interpretação das condições para a eliminação substancial de toda discriminação suscitam da mesma forma uma série de perguntas que exatamente como as anteriores não estão exatamente resolvidas. A questão central está, antes de mais nada, em determinar até que proporção as medidas discriminatórias podem ser mantidas, sem infringir as disposições do Art. V parágrafo 1 alínea “b” do GATS. Esta pergunta está diretamente ligada à lista de exceções deste artigo referentes às medidas per-

²² Ver para tanto Documento OMC TN/RL/W/8/Rev (Nota 20), p. 22 s.

²³ Ver MARCEAU, G.-REIMAN, C., “When and how Is a Regional Trade Agreement Compatible with the WTO?”, em *Legal Issues of Economic Integration*, 28(3), p. 297 ss. (316).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

mitidas elencadas nos Art. XI, XII, XIV e XIV bis do mesmo acordo, cujo caráter taxativo é, entretanto, discutível. Além disso, existem confusões relativas aos citados processos para a eliminação de medidas discriminatórias, especialmente a mencionada combinação “e/ou” das letras “i” e “ii”²⁴.

Ao se determinar se as condições previstas na alínea “b” do parágrafo 1 estão cumpridas, pode-se levar em consideração de que se trata aqui de um “processo de integração econômica mais amplo e abrangente” (“*wider process of economic integration*”), nos termos do Art. V parágrafo 2 do GATS, no qual além do comércio de serviços nos termos do Art. V do GATS também o comércio de bens nos termos do Art. XXIV do GATT será liberalizado²⁵. A aplicação mais precisa desta resolução é contudo incerta²⁶ Para países em desenvolvimento, está previsto no parágrafo 3 alínea “a” do mesmo artigo do GATS uma cláusula de flexibilidade específica a respeito do cumprimento deste critério.

Na área da liberalização da circulação de mercadorias, nos termos do Art. XXIV do GATT, constituem os requisitos do Art. XXIV parágrafo 8 alíneas “a/i” e “b” do GATT no sentido da eliminação de barreiras e outras restrições de regulação comercial (“*duties and other restrictive regulations of commerce*”) equivalente ao Art. V parágrafo 1 alínea “b” do GATS²⁷. Na comparação destas duas condições mostra-se evidente a diferença essencial entre os processos de liberalização do comércio de serviços e do de bens. Enquanto o Art. XXIV do GATT suprime barreiras alfandegárias e outras medidas comerciais restritivas - ocupando-se assim principalmente da eliminação de medidas por ocasião da ultrapassagem de fronteiras de um produto- tem por fim o Art. V parágrafo 1 alínea “b” do GATS, através da eliminação substancial de toda discriminação, uma modificação do sistema jurídico interno no que se refere ao acesso ao mercado de serviços estrangeiros e prestação de serviços no mercado interno. As medidas discriminatórias no comércio de serviços -por causa das características próprias do serviço, bem como os seus quatro modos de prestação já mencionados- realizam-se não no momento do cruzamento da fronteira de um serviço

²⁴ Ver WT/REG/W/37 (Nota 20) Cifra 77 ss; para uma representação exata das perguntas levantas e propostas para precisão da parte dos estados partes da OMC no âmbito do processo de exame no setor da CRTA.

²⁵ Ver WT/REG/W/37 (Nota 20), Cifra 85.

²⁶ Ver COTTIER – MOLINUEVO (Nota 20), Cifra 34.

²⁷ Ver para tanto ZDOUC, W. *Legal Problems – Arising under the General Agreement on Trade in Services – Comparative Analysis of GATS and GATT*, dissertação, Universidade St. Gallen, 2002, p. 229 ss.

(somente possível no caso de “*cross border trade*”), mas muito mais na restrição do seu acesso ao mercado interno, que pode ocorrer por diferentes formas legais ou administrativas²⁸.

2.2.1.3. Proibição do aumento do nível geral de barreiras comerciais contra terceiro estado (“overall level of barriers”)

Enquanto as supra mencionadas condições do Art. V do GATS regulam a liberalização de serviços entre as partes de um “Acordo de Integração Econômica” (“*Economic Integration Agreement*”, EIA) e referem-se assim à dimensão interna deste, o Art. V parágrafo 4 do GATS regula na essência a sua dimensão externa em relação às consequências sobre o comércio com terceiro estado²⁹. Conseqüentemente, não pode ser aumentado o nível geral de restrições comerciais contra terceiros estados através da criação de um EIA [“*shall not (...) raise the overall level of barriers*”].

Do mesmo modo, este critério respalda-se a uma das disposições do Art. XXIV do GATT. Assim, estabelece o Art. XXIV parágrafo 4 do GATT que a formação de uma zona de livre comércio ou união aduaneira não deve opor um aumento dos obstáculos ao comércio em relação a outras partes contratantes da OMC (*should (...) not raise barriers to the trade*). O Art. XXIV parágrafo 5 alíneas “a” e “b” do GATT explicita mais precisamente, que no caso de uma zona de livre comércio o aumento das barreiras comerciais deve ser evitado e no sistema de uma união aduaneira as barreiras comerciais não podem ser, no seu conjunto, de uma incidência geral mais elevada que a anterior à sua formação (“*shall not on the whole be higher or more restrictive*”)³⁰.

Contudo, a diferença básica entre essas duas disposições consiste no fato de que o Art. V do GATS não reconhece zonas de livre comércio ou mesmo uniões aduaneiras, de modo que em um EIA em comércio de serviços as restrições comerciais contra terceiro estado não partem da idéia de um (principalmente em questão de direito aduaneiro) regime

²⁸ Ver para tanto KRAJEWSKI, M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services, The Legal Impact to the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, 2003, p. 75 ss.

²⁹ Art. V parágrafo 4 do GATS refere-se também à dimensão interna de uma EIA, uma vez que o objetivo de um EIA, no caso a facilitação do comércio intra-zonal, será por ele definido (“*shall be designed to facilitate trade between the parties*”).

³⁰ Ver COTTIER-MOLINUEVO (Nota 20) Cifra 47 ss.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

preferencial harmonizado dentro de uma zona de integração econômica regional³¹. Conseqüentemente, parece ser, neste caso, mais complexo do que no comércio de bens, determinar quais efeitos restritivos cada aspecto liberalizatório de serviços tem, nos respectivos estados membros do EIA sobre o comércio com terceiro estado. O principal problema está na determinação do método por meio do qual será possível estabelecer uma eventual mudança do nível de restrição. Isso porque em cada EIA está prevista a aplicação de diferentes mecanismos de regulação e, no comércio de serviços os dados estatístico necessários para tanto são muito difíceis de serem captados³².

2.2.1.4. Regras de Origem (“rules of origin”)

O terceiro critério material do Art. V do GATS constitui as obrigatoriamente previstas regras de origem contidas no seu parágrafo 6. O próprio GATS não utiliza o termo “regras de origem” (“*rules of origin*”), essa denominação consagrou-se, no entanto, na literatura pertinente. Esse conceito procede muito mais da liberalização do comércio de bens e qualifica aquelas regras que devem compensar os efeitos de distorção comercial (“*trade diverting effects*”) numa zona de livre comércio, através da importação de produtos provenientes de terceiro estado sobre o país que possui a tarifa alfandegária mais baixa. Produtos de terceiro país serão importados, via de regra, sobre a tarifa alfandegária mais reduzida da zona de livre comércio, contudo não adquirem assim a capacidade de livre circulação nesta, mas a obtêm somente se tal produto for beneficiado num (outro) país da zona de livre comércio. Este critério “*local content*” constituía-se outrora na forma de um critério de valorização³³, mas hoje está sendo suplantado cada vez mais pelo critério de mudança na categoria de tarifas aduaneiras³⁴.

³¹ Ver HUDEC, R. E.-SOUTHWICK, J. D., “Regionalism an the WTO Rules: Problems in the Fine Art of Discriminating Fairly”, em MENDOZA-LOW-KOTSCHWAR (ed.), “Trade Rules in the Making, Challenges in Regional and Multilateral Negotiations”, 1999, p. 75; No CRTA também foi levantada a questão, até que ponto a alteração do critério “overall level of barriers” poderia ser utilizada com uma forma de harmonização ou ajuste entre as partes de um EIA em relação ao tratamento com terceiro; ver TN/RL/W/8/Rev. 1 (Nota 20) Cifra 110.

³² Ver WT/RL/W/Rev. 1 (Nota 20) Cifra 104 ss.

³³ Os produtos de terceiro Estado deviam ter o seu valor aumentado em mais de 50% no curso do processo de beneficiamento.

³⁴ Esses critérios significam que os produtos de terceiro Estado depois do processo de beneficiamento devem/podem ser classificados numa outra categoria de tarifas aduaneiras.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

A norma do Art. V do GATS busca, exatamente como no comércio de bens em uma zona de livre comércio, a atenuação dos efeitos de distorção comercial numa EIA. Prestadores de serviços de um terceiro estado devem receber o mesmo tratamento que o prestador de serviços de um membro de um EIA, através do qual serão reduzidos os efeitos discriminatórios deste³⁵. As regras de origem do Art. V parágrafo 6 do GATS prevêm que os prestadores de serviço de um terceiro estado parte da OMC, que sejam pessoas jurídicas constituídas sob a legislação de um dos estados membro de um EIA, terão direito a um tratamento igual ao recebido por todas as correspondentes pessoas jurídicas dos estados membros desse EIA - caso ocupem-se somente de uma atividade essencialmente econômica (“*substantiv business operation*”). Uma questão central neste contexto está na interpretação desse critério “*substantiv business operation*”. Discute-se principalmente quais os critérios e qualidades que um prestador de serviços estrangeiro deve sobretudo cumprir -sobre se a criação de uma filial no lugar de uma matriz basta- para adquirir o direito ao mesmo tratamento em um EIA³⁶. Também em relação ao alcance e aplicação prática do Art. V parágrafo 6 do GATS existem, todavia, obscuridades. De modo que a apreciação da compatibilidade com as especificações deste artigo também serão consideravelmente complicadas no referente às regras de origem obrigatoriamente previstas³⁷.

2.2.2.-Regras processuais

2.2.2.1. Condições Teóricas do GATS

Depois desta exposição resumida sobre as principais regulações materiais do Art. V do GATS deve-se ainda apresentar uma introdução às *regras processuais* do Art. V parágrafo 7 do GATS.

A alínea “a” deste parágrafo prevê a obrigação de notificar o Conselho para o Comércio de Serviços (“*Council for Trade in Services*”, CTS) sobre o EIA concebidos. O CTS pode transmitir o documento de criação do respectivo EIA para exame ao “Comitê de Acordos Comerciais

³⁵ Ver FINK, C., “Preferential Trade Agreements in Services, Friends or Foes of the Multilateral Trading System?”, Sciences Po working paper, forthcoming 2008.

³⁶ Ver COTTIER-MOLINUEVO (Nota 20), Cifra 55 ss.

³⁷ Ver também EMCH, A., “Services Regionalism in the WTO: China’s Trade Agreements with Hong Kong and Macao in the light of Article V (6) GATS”, em Legal issues of Economic Integration 2006, p. 351 ss; aqui será realizada uma análise precisa da compatibilidade do “*Closer Economic Partnership Agreements*” com o critério da “*substantive business operation*”.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Regionais” (“*Committee on Regional Trade Agreements*”, CRTA)³⁸.

O Art. V parágrafo 7 alínea “b” do GATS, prevê, no caso da implementação de um EIA com base num período de tempo determinado, a reportagem periódica ao CTS. Os relatórios poderão também ser transmitidos ao CRTA para exame. Com base nos relatórios do CRTA poderá o CTS, segundo a alínea “c” do mesmo parágrafo, apresentar recomendações às respectivas partes de um EIA, a fim de assegurar a compatibilidade do acordo com as condições do Art. V do GATS.

Contudo, desde a fundação dos CRTA no ano de 1996, não foi apresentado ainda nenhum único relatório por estes órgãos. A razão para tanto se encontra antes de mais nada, nas diferentes concepções dos membros da OMC acerca da interpretação das já salientadas condições do Art. V do GATS³⁹.

Também para as zonas de preferência regionais em comércio de bens, nos termos do Art. XXIV do GATT -para as quais o CRTA é também responsável- não apresentou este órgão até hoje nenhum único relatório pertinente. Segundo o Art. XXIV parágrafo 7 do GATT bem como a Cifra 7 do “*Understanding on the interpretation of Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*”⁴⁰ a notificação da formação de uma zona de livre comércio ou união aduaneira deveria primeiramente ocorrer perante as PARTES CONTRATANTES do GATT. Depois da criação da OMC deve ser realizada perante o “Conselho de Comércio de Bens” (“*Council for Trade in Goods*” – CTG), que está obrigado a transmitir ao CRTA para exame⁴¹.

Aos 14 de dezembro de 2006 aprova o Conselho Geral o chamado “*Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements*”⁴², que foi implementado provisoriamente nos termos do Art. 47 da Declaração Ministerial de Doha. Esse “*Transparency Mechanism*” tem aplicação em todas as “zonas de integração regional” constituídas nos termos

³⁸ A formulação (ainda) contida no Art. V parágrafo 7 alínea “a” do GATS “the Council may establish a working party to examine such an agreement” refere-se ao mecanismo de fiscalização antes da constituição dos CRTA através do “Conselho Geral” em 6 de fevereiro de 1996; ver WT/L/127 (Nota 18); ver também Rules of Procedure for Meetings of the Committee on Regional Trade Agreements, approved by the General Council on 2. October 1996; WT/REG/1 em 14 de agosto de 1996.

³⁹ Ver para tanto TN/RL/W/8/Rev. 1 (Nota 20) Cifra 16.

⁴⁰ Concluído em 15 de abril de 1994; 33 ILM 1161 (1994); ver HUMMER, W.-WEISS, F., *Vom GATT '47 zur WTO '94*, 1997, p. 792 ss. (795).

⁴¹ Ver WT/L/127 (Nota 18).

⁴² Para tanto ver o Documento OMC WT/L/671 “*Transparency Mechanism for Regional Trade Agreement*”, de 18 de dezembro de 2006.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

do Art. XXIV do GATT, Art. V do GATS bem como Art. 2 alínea “c” da “Cláusula de Habilitação”. O “*Transparency Mechanism*” prevê entre outros:

- a) Regras em relação a uma notificação o mais breve possível, antes de novos debates para a constituição de “zonas de integração regional”;
- b) Especificações para uma notificação o quanto antes de uma “zona de integração regional”; bem como
- c) Especiais procedimentos para aumento da transparência.

Em relação a esta última regra deve-se ressaltar principalmente, que o CRTA nos termos da Cifra 6 ss. do “*Transparency Mechanism*” não realiza mais um “*examination*” das zonas de integração regional transmitidas pelos *Council on Trade in Goods* (CTG) e *Council on Trade in Services* (CTS), mas sim uma “*consideration*”, o que desemboca numa “*factual presentation*”.

2.2.2.2. Aplicação Prática

Controla-se até que ponto a já mencionada obrigação de notificação das zonas de integração regional, tanto na Comunidade Europeia como nas duas zonas de integração latino-americanas aqui analisadas, MERCOSUL e Comunidade Andina, foi cumprida ou não, adquiri-se um quadro diferente.

A Comunidade Europeia, que já no seu originário “Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia” do ano de 1957 consolidou o postulado “Mercado Comum” (Art. 8 do Tratado CEE)⁴³, liberalizou totalmente seu comércio de serviços (bem como a liberdade de estabelecimento) -como liberdade de mercado no mercado interno- o mais tardar com a conclusão do mercado interno em 31 de dezembro de 1992. Por conseguinte, notificou a sua liberalização do comércio de serviços ao *Council for Trade in Services* (CTS) em 10 de novembro de 1995, nos termos do Art. V parágrafo 7 alínea “a” do GATS, quando qualificou condições específicas e selecionadas do Tratado da CE no seu todo como “*Economic Integration Agreement*” (EIA), nos termos do Art. V do GATS⁴⁴.

No que concerne ao MERCOSUL, este notificou ao *Council of Trade in Services* (CTS) aos 18 de dezembro de 2006, nos termos do

⁴³ Tal deveria ser realizado dentro de um período de transição de 12 anos e, naturalmente, para essa mencionada realização pertence também uma liberalização do comércio de serviços.

⁴⁴ Ver para tanto S/C/N/6 “Notification pursuant to Article V:7(a) of the General Agreement on Trade in Services” de 10 de novembro de 1995.

Art. V parágrafo 7 alínea “a” do GATS, o “Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços” (1997)⁴⁵, a principal base jurídica para a liberalização do comércio de serviços no MERCOSUL⁴⁶.

Na Comunidade Andina o “processo andino de liberalização de comércio” somente foi notificado perante a OMC no caso dos *bens* e não no caso dos *serviços*⁴⁷.

2.2.3.-Técnicas de liberalização na prática

2.2.3.1. “Listas Positivas”, “Listas Negativas” e “Listas Híbridas”

A liberalização no GATS propõe um mecanismo em forma de “listas”, nas quais cada estado parte de um EIA para cada setor e sub-setor especificará exatamente até que ponto será garantido o acesso ao mercado a um serviço ou prestação de serviços estrangeiro livre de restrições. Essas “listas” podem ser, na prática das zonas de integração regional, elaboradas seguindo duas formas ideais. Na forma de uma “*lista positiva*” no sentido de uma “*bottom-up-approach*” ou de uma “*lista negativa*” no sentido de uma “*top-down-approach*”.

O enfoque de “*lista positiva*”, neste contexto, é entendido como o procedimento no qual o respectivo estado membro de uma zona de integração assume a obrigação, nos setores especificados na lista, de garantir um tratamento nacional ou um livre acesso ao mercado frente aos serviços e prestação de serviços estrangeiros.

Pelo contrário, entende-se no sistema de “*listas negativas*” que a liberalização deve ocorrer extensivamente em todos os setores englobados. No caso de um estado membro resolver desviar-se desta obrigação geral à liberalização acerca de alguns setores ou sub-setores, deverá documentar explicitamente em “listas negativas” as restrições a serem mantidas.

Essas duas formas ideais para a elaboração de listas aparecem na aplicação prática também com certas *modificações*. Além disso, existe entre esses dois tipos ideais a *forma híbrida*, que combina elementos da técnica da “lista positiva” com os da “lista negativa”.

⁴⁵ Ver para tanto o Documento da OMC S/C/N/388 “Notification pursuant to Article V:7(a) of the General Agreement on Trade in Services”, de 18 de dezembro de 2006, bem como S/C/N388/Corr.1 “Notification pursuant to Article V:7(a) of the General Agreement on Trade in Services, Corrigendum” de 18 de dezembro de 2006.

⁴⁶ Ver para tanto o que consta no Capítulo 4.2.2.

⁴⁷ SECRETARIA GENERAL de la CAN; “Revista de integración”, N° 1, año, outubro de 2007, p. 19, ver também Capítulo 4.3.3.

2.2.3.2 Técnica de liberalização na América Latina e no Caribe

A técnica de produção de “*listas negativas*”, que é absolutamente prevalente hoje no grupo estatal ocidental, foi apresentada pela primeira vez pela NAFTA que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1994. Posteriormente “exportou” o Estado do México -membro da NAFTA- o mecanismo de “listas negativas” tanto para seus acordos bilaterais com os Estados da América Central e do Sul (Bolívia, Chile, Costa Rica, Nicarágua) como para zonas de integração latino-americanas [Triângulo do Norte (1992)]⁴⁸⁻⁴⁹. Além disso, o México recorreu também a essa técnica como membro do “Grupo dos Três” (G-3) (1994)⁵⁰. Tomando o exemplo mexicano seguiram Chile e República Dominicana, sendo que este último Estado “exportou” esse mecanismo também para o Caribe (CARICOM, Caribbean Common Market)⁵¹.

A *Comunidade Andina* também se utiliza dessa modalidade de negociação. Contudo, em uma forma modificada, uma vez que ela postula o alcance de uma liberalização global dentro de um determinado prazo⁵².

Somente no *MERCOSUL* (1991) prevalece o sistema de “*listas positivas*” -introduzido pelo Protocolo de Montevideu (1997)⁵³- o qual, contudo, é qualificado na literatura tanto como uma variante da modalidade de “listas positivas”, como também como uma forma de “lista híbrida”. De um lado pode-se reconhecer a adoção da variante de “listas positivas”, uma vez que através de rodadas anuais de negociação dentro de um período fixo de 10 anos depois da entrada em vigor do Protocolo, deve ser alcançada uma liberalização em todas as áreas do comércio de serviços⁵⁴. Por outro lado, a modalidade

⁴⁸ Archiv der Gegenwart, de 22 de abril de 1993, p. 37780; ver HUMMER, W., “Integration in Lateinamerika und der Karibik. Aktueller Stand und zukünftige Entwicklungen”, em *Verfassung und Recht in Übersee* 1/2005, p. 50.

⁴⁹ Ver ALADI, Secretaria General, Doc ALADI/SEC/Estudio 174 de 29 de junho de 2005, p. 11.

⁵⁰ BID/INTAL (Ed.), “Integración latinoamericana”, N° 168, 1991, p.93 ss.; ver HUMMER, W. (Nota 48), p. 49.

⁵¹ Ver HUMMER, W. (*Schieds-)* *Gerichtsbarkeit in der Karibik*, 2007, p.9 ss.

⁵² Ver Capítulo 4.3.2.5. e 4.3.2.6.

⁵³ Ver Capítulo 4.2.2.

⁵⁴ STEPHENSON, S. – PRIETO, F.J. “Regional Liberalization of Trade in Services. Experience in the Americas”, em HOEKMAN-MATTOO-ENGLISH (Nota 10) p. 336.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

híbrida pode ser também reconhecida, tendo em vista que o Grupo Mercado Comum através de sua Resolução GMC/36/00, de 28 de junho de 2000, determinou um mecanismo obrigatório de transparência em que os Estados Partes devem considerar “a possibilidade de estabelecer em um prazo de dois anos em suas listas de compromissos específicos todos aqueles setores e sub-setores ao nível, pelo menos, de 4 dígitos da “Classificação Central de Produtos” (CCP) nos que existam atualmente regulamentações que estabeleçam algum tipo de restrição ao acesso ao mercado ou ao tratamento nacional. Os Estados Partes deverão indicar com exatidão as restrições que mantêm” (Art. 1). Associado a um compromisso “*status quo*” que proíbe a introdução de novas restrições a partir da metade do ano de 2002, é defendido pela literatura pertinente que uma combinação da forma híbrida com tal compromisso aproxima-se fundamentalmente a uma “lista negativa”. A autora chega a afirmar neste contexto, de maneira geral, que “pode ser dito portanto, que para todos os efeitos, todos os acordos regionais no Hemisfério Ocidental adotaram a modalidade de “lista negativa” para executar a liberalização de serviços”⁵⁵.

No que tange à pergunta, quanto tempo um Estado está atado aos seus compromissos de liberalização contidos na respectiva lista, o GATS distingui-se relevantemente das diferentes zonas de integração regional. Enquanto no *universalmente* concebido GATS, segundo o seu Art. XXI parágrafo 1 alínea “a”, todo membro poderá modificar ou retirar em qualquer momento qualquer compromisso de sua lista após transcorridos três anos a partir da data de entrada em vigor desse compromisso, a situação apresenta-se diferente nas *zonas de integração regional* homogêneas, como o MERCOSUL e a Comunidade Andina.

No âmbito do *MERCOSUL* o Art. XX do Protocolo de Montevideu (1997) admite a modificação ou suspensão de compromissos isoladamente, em casos excepcionais⁵⁶. Enquanto que na *Comunidade Andina*, segundo o Art. 10 da Decisão nº 439, os Estados se comprometem a não estabelecer novas medidas que incumpram os compromissos do acesso ao mercado e o tratamento nacional. Essa cláusula “*stand still*” no nível sub-regional resulta tanto numa maior transparência, como também gera segurança e estabilidade para o prestador de serviços. Da mesma forma que oferece uma valoração

⁵⁵ STEPHENSON, S. “Can Regional Liberalization of Services go further than Multilateral Liberalization under the GATS?”, OAS Trade Unit Studies, Outubro 2002, OEA/Ser.D/XXII SG/TU/TUS-15, p. 7.

⁵⁶ ALADI, Secretaría General, Doc ALADI/SEC/Estudio 174 de 29 de junho de 2005, p. 25.

da profundidade da integração das zonas de integração econômica para a liberalização do comércio de serviços segundo os três seguintes critérios, que também são realmente utilizados na prática⁵⁷. (a) *Grau de Transparência*, (b) *Grau de Estabilidade*, (c) *Grau de Liberalização do Comércio de Serviços*. O presente estudo apresenta na sua conclusão também uma proposição com base nestes critérios acerca da intensidade da liberalização nas duas zonas de integração examinadas: Mercosul e Comunidade Andina⁵⁸.

3. Integração na América Latina

3.1. No nível regional: ALALC - ALADI

A integração econômica latino-americana teve início em 1960 com a formação da “Associação Latino-Americana de Livre Comércio” (ALALC) pelo Tratado de Montevidéu de 1960⁵⁹, que estabeleceu uma zona de livre comércio para circulação de bens -nos termos do Art. XXIV do GATT⁶⁰- entre onze estados sul americanos e que deveria ser finalizada até 1972. Aos 12 de dezembro de 1969, através do “Protocolo de Caracas”, estendeu-se o prazo para a concretização de uma zona de livre comércio até 31 de dezembro de 1980. Posteriormente, em 1978, decidiu-se pela reestruturação definitiva da ALALC em ALADI. Conseqüentemente, também no ano de 1980 através do Tratado de Montevidéu (TM), de 12 de agosto de 1980⁶¹, a ALALC foi absorvida pela “Associação Latino-Americana de Integração” (ALADI)⁶², esta é constituída por doze⁶³ estados partes. Segundo o Art. 66 TM (1980) a ALADI substitui a ALALC e segundo o Art. 54 parágrafo 1 TM (1980) é a sucessora legal desta. Juridicamente, para o GATT, a ALADI não se ampara no Art. XXIV do GATT, mas muito mais no Art. 2 alínea “c” da “Cláusula de Habilitação” (“*enabling clause*”), de 28 de novembro de 1979⁶⁴. Em 1º de julho de 1982 a

⁵⁷ ALADI/SEC/Estudio 174 (Nota 56) p. 16 ss; STEPHENSON (Nota 55), p. 6 ss.

⁵⁸ Ver Capítulo 5.

⁵⁹ BID/INTAL (ed.), Integración N° 89, fevereiro de 1960, p. 35 ss.; Inter-American Institute of International Legal Studies (ed.), Instruments relating to the economic integration of Latin America (1968), p. 207 ss.

⁶⁰ Exame de conformidade do GATT concluído em 18 de novembro de 1960 (BISD 9S/87).

⁶¹ BID/INTAL (ed.), Integración latinoamericana N° 47, junho de 1980, p. 4 ss; 20 ILM 1981, p. 672 ss.

⁶² Para essa sucessão de organizações ver HUMMER, W., *Rechtsfragen aus Anlaß der Sukzession der ALALC durch die ALADI*, em LÜKE-RESS-WILL (ed.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration*, Gedächtnisschrift für L.-J. Constantinesco (1983), p. 259 ss.

⁶³ Como 12º estado membro da ALADI adere Cuba em 1999.

⁶⁴ L/4903 (Nota 7).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

ALADI é notificada às PARTES CONTRATANTES do GATT, em conformidade com a Cifra 4 alínea “a” da “Cláusula de Habilitação”⁶⁵. No âmbito da OMC a ALADI não é reconhecida nem como “zona de livre comércio” nem como “união aduaneira”, mas sim como um “*Partial Scope Agreement*”⁶⁶.

Tanto a ALALC quanto a ALADI apresentam “Contratos-Mãe” em relação aos seus acordos estabelecidos em âmbito sub-regional. Os últimos são, segundo o Art. 41 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (CVDT) (1969)⁶⁷, “Acordos para Modificar Tratados Multilaterais somente entre Algumas Partes”, por meio dos quais alguns membros de uma zona de integração regional existente (extensa) concluem “*inter se*” um acordo mais estreito e dinâmico⁶⁸.

Os fundamentos jurídicos para a conclusão de tais acordos sub-regionais no âmbito da ALALC eram tanto a Resolução n.º 202 (VI-E) do Conselho de Ministro de Relações Exteriores⁶⁹, como a Resolução n.º 222 (VII) da Conferência das Partes Contratantes⁷⁰. Enquanto na ALADI tais fundamentos jurídicos encontravam-se no Art. 7 e seguintes do Tratado de Montevidéu (1980). Os *tratados sub-regionais* firmados sob estes fundamentos jurídicos -o “*Pacto Andino*” (1960) no âmbito da ALALC (1960) e o *MERCOSUL* (1991) no âmbito da ALADI (1980)- devem, nos termos do Art. 41 parágrafo 1 alínea “b/i” da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (1969), serem totalmente compatíveis com o teor do “Contrato-Mãe” correspondente.

Segundo o Art. 7 e seguintes do Tratado de Montevidéu (1980), os acordos sub-regionais (“Acordos de Alcance Parcial” – AAP) poderão ser constituídos em sete modalidades⁷¹. Como estes se apresentam No nível sub-regional: Pacto Andino/Comunidade Andina, MERCOSUL⁷².

⁶⁵ Ver também Documento L/5342 de 1º de julho de 1982 para notificação do “Tratado de Montevidéu” (1980).

⁶⁶ Ver “Regional Trade Agreements notified to the GATT/WTO and in force” de 24 de setembro de 2007. Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm.

⁶⁷ Ver para tanto DE LA GUARDIA, E.-DELPECH, M., *El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969*, 1970, p. 358 ss.

⁶⁸ HUMMER, W., “Subregionale Präferenzzonen als Mittel lateinamerikanischer Integrationspolitik”, *Zeitschrift für Lateinamerika*, Wien-Sonderband 1975, principalmente a p. 11 nota 1 e 70 s.; HUMMER (Nota 48).

⁶⁹ ALALC/CM-II/Resolución 202 (VI-E) de 2 de setembro de 1967.

⁷⁰ ALALC/CON/Resolución 222 (VII) de 17 de dezembro de 1967.

⁷¹ AAP de renegociação do patrimônio histórico (AAP.R), AAP comerciais (AAP.C), AAP de complementação econômica (AAP.CE), AAP de preferência para países não membros (AAP.A25TM), AAP agropecuários (AAP.AG), AAP de promoção do comércio (AAP.PC), AAP outras matérias (AAP.A14TM).

⁷² Ver para tanto Capítulo 4.1.

3.2. No nivel sub-regional: Pacto Andino/Comunidade Andina, MERCOSUL

3.2.1. O Sub-regionalismo: um conceito dogmática-mente mal entendido

Antes de entrarmos no regime especial para a liberalização do comércio de serviços no MERCOSUL e na Comunidade Andina, deve ser apresentada uma breve introdução à origem destas duas zonas de integração sub-regional no Cone Sul, bem como a sua relação com o sistema regional da ALADI. Tanto a origem enquanto zona de integração “sub-regional” no âmbito das zonas de integração “regional” quanto o atual grau de desenvolvimento das mesmas, lançam importantes perguntas preliminares para a compreensão da especial problemática da liberalização do comércio de serviços para o MERCOSUL e Comunidade Andina.

Neste contexto, se mostra particularmente importante o fato de que na própria América Latina o conceito de “sub-regionalismo” é, muitas vezes, completamente mal interpretado. Este não deve ser entendido como um conceito geográfico⁷³, mas muito mais -como já mencionado- como uma forma do Art. 41 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (1969).

O caso clássico neste caso é a conclusão de uma (posterior) união aduaneira entre alguns estados membros de uma já existente zona de livre comércio entre mais estados partes, para assim possibilitar uma integração mais dinâmica entre eles. Segundo as condições do Art. 41 da CVDT, este acordo de união aduaneira posterior e mais estreito deve, no entanto, ser compatível com o anterior tratado de zona de livre comércio. Neste sentido, nos termos do Art. 41 parágrafo 1 alínea “b” do CVDT, todas as zonas de integração “sub-regionais”, como por exemplo, o Pacto Andino (1969) e Comunidade Andina (1987) ou o MERCOSUL, devem ser absolutamente compatíveis com o seu “Tratado-Mãe”, neste caso com a ALALC (1960) e ALADI (1980) respectivamente.

Um outro problema do “sub-regionalismo” refere-se às então

⁷³ Como por exemplo GARCIA AMADOR, F. V., “Regional Cooperation and Organization: American States”, em BERNHARDT (ed.), “Encyclopedia of Public International Law”, Vol. 6, 1983, p. 311; SALAZAR SANTOS, F., “El problema de la convergencia de las acciones parciales en el marco de la integración latinoamericana”, em Revista de integración latinoamericana 52, noviembre de 1980, p. 43 s; mas também autores europeus cometem esse erro, como por exemplo DOBROCYNSKI, M., “Subregionale Wirtschaftsintegration und europäische Zusammenarbeit”, em Europa Archiv 1974, p. 519 ss.; recentemente outra vez EFFNER, H., *Regionale und subregionale Integration in den Amerikas: Konvergenz oder Divergenz?*, 2003, p. 21, 23 e 29.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

-como que automáticamente resultantes- *afiliações múltiplas* de Estados em diversas zonas de integração regionais. Assunto que em toda a sua complexa dimensão não pode ser tratado aqui de maneira mais aprofundada. De cada constelação sub-regional, que ocorre com bastante frequência na América Latina, resulta naturalmente numa afiliação múltipla de Estados (*vertical*) -isso em extensos “Acordos-Mãe” ou “Acordos de Base”, bem como nos acordos de integração regional mais estreitos que se baseiam nestes “Acordos-Mãe”. Uma vez que na América Latina existe também uma série de afiliações múltiplas (*horizontais*) -essas se dão sempre que um estado adere a mais de uma zona de integração regional independentes entre si, como por exemplo, a associação do México na ALADI e na NAFTA⁷⁴- é evidente a problemática jurídica do GATT em relação às afiliações múltiplas na América Latina.

O problema da afiliação múltipla nas zonas de integração regional está no fato de que a preferência seja transmitida de uma zona para a outra zona e vice-versa a partir de um país membro de duas ou mais zonas de integração, fato este que os outros membros zonais querem naturalmente impedir. Para tanto se faz necessário complexas construções, para lograr a compatibilidade destas afiliações múltiplas⁷⁵. Um exemplo claro dessa complexa construção é o “*Protocolo Interpretativo do Art. 44 do Tratado de Montevideu de 1980*”⁷⁶, com o qual foi assegurado pelo GATT a afiliação múltipla do México na ALADI e na NAFTA. Na verdade trata-se neste caso não de “Protocolo de Interpretações”, mas sim de um verdadeiro “Protocolo de Modificações” no sentido do Art. 61 do Tratado da ALADI⁷⁷.

Lamentavelmente, nem a ALADI nem a Organização Mundial do Comércio (OMC) possuem previsões “*ad hoc*” para este fenômeno de afiliações múltiplas simultâneas, pois só estabelecem um exame individual de compatibilidade de cada acordo de integração a respeito de suas normas, e não um exame conjunto de sua compatibilidade entre os diferentes esquemas de integração a que pertence por sua vez o sujeito internacional⁷⁸.

⁷⁴ Ver HUMMER (Nota 48), p. 15 ss.

⁷⁵ Ver HUMMER, W.-PRAGER, D., “La pertenencia simultánea de un Estado a varios esquemas de integración económica y el sistema del GATT”, em Roma e America. Diritto Romano comune 6/1998, p. 3 ss.

⁷⁶ BID/INTAL (ed.), Integración latinoamericana, julho de 1994, p. 50 s.

⁷⁷ Ver HUMMER (Nota 48), p. 17.

⁷⁸ Ver PONTE IGLESIAS, M. T.-CIENFUEGOS MATEO, M., “Las relaciones Unión Europea-Mercosur: Dificultades y perspectivas para la consecución de un acuerdo de asociación”, em HUMMER (ed.)-MELLADO (coordinadora), “Cooperación y Conflicto en el MERCOSUR”, 2007, p. 92s.

3.2.2. Formas Concretas do Sub-regionalismo no Cone Sul

3.2.2.1. Do Pacto Andino (PA) a Comunidade Andina (CAN)

Ainda no âmbito da ALALC foi formado o *Pacto Andino* (PA) pelo Acordo de Cartagena, de 26 de maio de 1969⁷⁹, entre cinco estados membros andinos da ALALC. Dentre eles o Chile que se retirou em 1976, no entanto, em 1973 aderiu a Venezuela ao mesmo. O Acordo de Cartagena foi declarado compatível com o Tratado da ALALC através da Resolução n.º 179, de 9 de julho de 1969, pelo Comitê Executivo Permanente da ALALC. O PA foi notificado ao GATT com base no Art. XXIV do GATT, foi concebido como união aduaneira, mas não conseguiu alcançar esse objetivo. Pelo “Protocolo de Quito”, de 12 de maio de 1987⁸⁰, converteu-se na *Comunidade Andina de Nações* (CAN), notificando o GATT nos termos do Art. 2 alínea “c” da “Cláusula de Habilitação” (“*enabling clause*”) aos 12 de outubro de 1992⁸¹. Em seguida, a CAN desenvolve-se através de uma série de protocolos, entre os quais merece especial menção o “Protocolo de Trujillo”, de 10 de março de 1996, uma vez que originou em conjunto com a Decisão n.º 406 da Comissão da Comunidade Andina, de 25 de junho de 1997, a “Codificação do Acordo de Integração Sub-regional Andino” (Acordo de Cartagena). O Protocolo de Trujillo entrou em vigor em 3 de junho de 1997.

A CAN representa uma união aduaneira „*in statu nascendi*“, mas que não pôde até hoje estabelecer definitivamente uma “Tarifa Externa Comum” (TEC) por ela aspirada.

3.2.2.2. MERCOSUL

O “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL) foi, por sua vez, constituído pelo Tratado de Assunção de 26 de março de 1991⁸² por quatro Estados latino americanos do Cone Sul. O MERCOSUL foi notificado em 5 de março de 1992, com base no Art. 2 alínea “c” da “Cláusula de Habilitação”⁸³, às PARTES CONTRATANTES do GATT. O

⁷⁹ Junta del PA/INTAL (ed.), *Historia Documental del Acuerdo de Cartagena* (1974), p. 17 ss.; ILM 1969, p. 910 ss.

⁸⁰ BID/INTAL (ed.), *Interacción latinoamericana*, N.º 134, maio de 1988, p. 62 ss.

⁸¹ Ver para tanto também L/6737.

⁸² BID/INTAL (ed.), *Integración latinoamericana*, N.º 167, maio de 1991, p. 111 ss.; ILM 1995, p. 1041 ss.

⁸³ HUMMER (Nota 48), p. 48.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

MERCOSUL foi ratificado pelo posteriormente firmado “*Acordo de Complementação Econômica*” (ACE-18)⁸⁴, de 29 de novembro de 1991 e reconhecido compatível com a ALADI como zona de integração sub-regional. A sua estrutura institucional foi estabelecida pelo “Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul” (“Protocolo de Ouro Preto”), de 17 de dezembro de 1994⁸⁵.

Depois que os membros do MERCOSUL realizaram, no início de 1994, que seu objetivo original do estabelecimento de um “Mercado Comum” [Art. 1 do Tratado de Assunção (1991)] até o final deste ano não era possível de ser alcançado, decidiram-se por aspirar, à mesma data, não mais um “Mercado Comum”, mas primeiramente (somente) a realização de uma “união aduaneira” na circulação de bens. Conseqüentemente decretou o Conselho do Mercado Comum (CMC), aos 17 de janeiro de 1994, a Decisão n.º 13/93⁸⁶ “Consolidação da União Aduaneira e Trânsito do Mercado Comum”, na qual afirma que a formalização de uma união aduaneira representa um passo essencial em vista do estabelecimento posterior de um “Mercado Comum”, para qual contudo, não foi determinado nenhum prazo. Em agosto e dezembro de 1994 estabelece o CMC, através de três atos de direito derivado⁸⁷, o prazo final para a eliminação das barreiras alfandegárias internas e as restrições não tarifárias para produtos da zona até 31 de dezembro de 1999. Fora poucas exceções, foram tanto as tarifas alfandegárias como também as restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente no todo eliminadas a partir de 1º de janeiro de 2000, mesmo que essa obrigação seja considerada impositiva e não apenas programática na Jurisprudência do Tribunal Ad-Hoc do MERCOSUL⁸⁸.

⁸⁴ Na realidade tratam-se, o Tratado de Assunção de 26 de Março de 1991, o tratado de constituição do MERCOSUL, e o ACE n.º 18 de 29 de novembro de 1991, de dois acordos internacionais diversos, que não são exatamente iguais. Ver para tanto RIMOLDI DE LADMANN, E., Antecedentes jurídicos inmediatos del MERCOSUR, em RIMOLDI DE LADMANN (ed.), “Los nuevos procesos de integración económica: Armonización Jurídica”, 1995, p 5 ss.

⁸⁵ ILM 1995, p. 1244 ss.

⁸⁶ Ver as Minutas da reunião do CMC 2/93, Anexo I.

⁸⁷ CMC Decisão n.º 5/94 de 5 de agosto de 1994; CMC Resolução n.º 48/94 de 3 de agosto de 1994 e CMC Decisão n.º 24/94 de 17 de dezembro de 1994. Este ato de direito derivado contém listas de produtos, que estão de fora do regime de união aduaneira e foram submetidas a uma redução tarifária especial. Nos termos do Art. 3 alínea “a” da CMC Decisão 5/94 essas listas especiais deveriam ter sido transportadas no regime de união aduaneira geral para Argentina e Brasil até no máximo 31 de dezembro de 1998, para Uruguai e Paraguai até 31 de dezembro de 1999.

⁸⁸ Ver Tribunal Ad Hoc, Argentina v. Brasil, Laudo do Tribunal Ad Hoc do

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

A proibição da adoção de medidas de efeito equivalente foi reconhecida, inclusive, como “absoluta” no sentido de que não é possível a sua adoção ainda que a medida não seja utilizada para a discriminação de um produto estrangeiro⁸⁹.

O MERCOSUL constitui assim uma união aduaneira “*in statu nascendi*” como primeiro passo para um Mercado Comum, qual estado atual de realização pode ser dificilmente descrito. Na literatura pertinente prevalece neste assunto uma relativa perplexidade, como se observa nas seguintes formulações: “No momento presente, o MERCOSUL se encontra razoavelmente consolidado. Superou quase totalmente a fase da zona de livre comércio, representando uma união aduaneira quase completa ou ‘uma união aduaneira imperfeita com vocação de mercado comum’⁹⁰”. O MERCOSUL representa “...uma zona de livre comércio imperfeita e uma união aduaneira incompleta...”⁹¹. “... a partir de 1º de janeiro de 2000, o MERCOSUL constitui uma zona de livre comércio universal...”⁹². No número 104 das “Considerações” do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL no caso das ‘papeleras’, o Tribunal expressou que “não se pode negar que, como ‘processo’, o MERCOSUL encontra-se em permanente desenvolvimento”, mas que “deve-se assinalar que, salvo determinadas exceções, a partir de 31 de dezembro de 1999, o MERCOSUL constitui uma zona de livre comércio”⁹³.

MERCOSUL na controvérsia sobre os comunicados n.º 37 de 17 de dezembro de 1997 e n.º 7 de 20 de fevereiro de 1998 do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX): Aplicação de medidas restritivas ao comércio recíproco, de 28 de abril de 1999, parágrafo 81; Tribunal Ad hoc, Paraguai v. Uruguai, Laudo do Tribunal Ad Hoc do MERCOSUL na controvérsia sobre aplicação do “IMESI” (Imposto Específico Interno) para a comercialização de cigarros originários do Paraguai, de 21 de maio de 2002, p. 5.

⁸⁹ Tribunal Arbitral Ad Hoc, Uruguai v. Brasil, Laudo do Tribunal Ad Hoc do MERCOSUL na controvérsia sobre proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai, de 9 de janeiro de 2002, p. 14.

⁹⁰ PONTE IGLESIAS-CIENFUEGOS MATEO (Nota 78) p. 51

⁹¹ PONTE IGLESIAS-CIENFUEGOS MATEO (Nota 78), p. 87.

⁹² Alegação do Uruguai no litígio perante o Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL no caso das ‘papeleras’, laudo de 6 de setembro de 2006, numeral 24; citado em DRNAS DE CLEMENT, Z.-HUMMER, W., “Problemas ambientales en el Río Uruguay. El caso de las pasteras (Argentina v. Uruguay)”, em HUMMER (ed.)-MELLADO (coordenadora) (Nota 78), p. 128.

⁹³ Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL no caso das ‘papeleras’, «Considerandos» do laudo de 6 de setembro de 2006 (Nota 41).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Ao não haver alcançado o Mercado Comum em 31 de dezembro de 1994, o “Protocolo de Ouro Preto” (1994) reafirmou os princípios do Tratado de Assunção (1991) ainda não logrados. Recentemente, o Conselho Mercado Comum (CMC) assumiu o compromisso de completar a união aduaneira em 1 de janeiro de 2006, o que não se constituiu até essa data, menos ainda o Mercado Comum.

4. Liberalização de serviços nas zonas DE INTEGRAÇÃO latino americanas

4.1. Liberalização de serviços a nível regional – ALADI (1980)

Desde a entrada em vigor do Tratado de Montevidéu (1980), o contrato de constituição da ALADI, os Estados Membros desta zona de livre comércio negociam acordos para a liberalização de serviços nos setores selecionados, como por exemplo, nos de transporte, turismo, serviços financeiros e cultura, fundamentando-se na autorização dos Art. 13 e 14⁹⁴ do Tratado de Montevidéu (1980). Estes dois artigos referem-se, pelo menos indiretamente ao comércio de serviços. O Art. 13 menciona na sua formulação “matérias não-tarifárias”, o Art. 14 menciona “entre outras matérias (...) a promoção do turismo (...)”. Este último será mais precisamente definido pela Resolução n.º 54 do Comitê de Representantes Permanentes⁹⁵, de 27 de agosto de 1986, no seu Art. 1, autoriza os estados partes da ALADI “*expressis verbis*” a firmar acordos de alcance parcial (AAP) “em matéria de serviços”. Estes acordos, segundo o Art. 3 da Resolução n.º 2 do Conselho de Ministros da ALALC, poderão adotar a modalidade de “Acordos de Complementação Econômica” (ACE).

O Art. 3 da Resolução n.º 54 do Comitê dos Representantes Permanentes autoriza ainda os estados partes a estabelecer regulamentações específicas para a conclusão de acordos sobre as atividades de serviços que considerem necessários. O Art. 4 da mesma Resolução remete-se aos Art. 4 e 5 da Resolução n.º 2 do Conselho de

⁹⁴ Os parágrafos 1 e 2 do Art. 14 serão reproduzidos de maneira quase que idêntica no Art. 10 parágrafo 1 e 2 da Resolução n.º 2, ver ALALC/CM/Resolución 2 de 12 de agosto de 1980, “Acordos de Alcance Parcial”; a Resolução é uma Resolução “constitucional” do Conselho de Ministros de Relações Exteriores da ALALC, que entrou em vigor ao mesmo tempo que o Tratado de Montevidéu (1980).

⁹⁵ ALADI/CR/Resolución 54, de 27 de agosto de 1986, “Reglamento de alcance general del artículo 14 del Tratado de Montevideo 1980”.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Ministros da ALALC⁹⁶, com respeito a um maior desenvolvimento desta negociação referente ao conteúdo dos “Acordos de Alcance Parcial” (AAP).

O Art. 5 da Resolução nº 2 do Comitê de Representantes Permanentes da ALADI, de 27 de agosto de 1986⁹⁷, sobre a qual será melhor aprofundado no decorrer deste trabalho, determina que as normas aplicadas ao comércio regional de bens não se estenderão ao setor de serviços, o qual será regulamentado de forma específica. Assim, pelo menos no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), existe uma determinação inequívoca referente à consciente diferenciação para o regulamento do setor de serviços, que não deve ter a mesma forma estrutural do regime de liberalização do comércio de bens.

Em 1992 o Conselho de Ministros da ALADI expressou a necessidade de elaborar um Acordo-Marco sobre serviços, a respeito deste, apresentou-se um ano mais tarde um Anteprojeto de “*Acordo Marco de Princípios e Normas para o Comércio Regional de Serviços*”⁹⁸.

Pouco antes da entrada em vigor do GATS, no ano de 1995, alguns membros da ALADI já haviam estabelecido um regime jurídico próprio para a liberalização do comércio de serviços, como por exemplo: México e Costa Rica em abril de 1994; Colômbia, México e Venezuela em junho de 1994⁹⁹; e Bolívia e México em dezembro do mesmo ano¹⁰⁰. Com a entrada em vigor do GATS todos os compromissos sobre serviços adquiridos pelos Países Membros da ALADI passam a considerarem-se automaticamente estendidos às demais partes do GATS em virtude do disposto no seu Art. II (Princípio da Nação mais Favorecida). Em seguida a Secretaria Geral da ALADI convocou a V Reunião de Especialistas Governamentais para continuar o tratamento do anteprojeto de um Acordo Regional sobre Serviços¹⁰¹, reunião que acabou suspensa por falta de quórum¹⁰².

No âmbito do Tratado de Montevideu (1980) existe um universo

⁹⁶ ALALC/CM/Resolución 2 (Nota 94); a Resolução é uma “Resolução constitucional” do Conselho de Ministros de Relações Exteriores da ALALC, que entrou em vigência ao mesmo tempo que o Tratado de Montevideu (1980).

⁹⁷ ALADI/CR/Resolución 54 (Nota 95).

⁹⁸ Ver ALADI/REG.CS/IV/Informe de 19/8/94; ALADI/SEC/Estudio 169, de 2 de dezembro de 2004, Anexo 2.

⁹⁹ Grupo dos Três, ALADI/ACE 33.

¹⁰⁰ ALADI/ACE 31.

¹⁰¹ Ver ALADI/SEC/Propuesta/170.

¹⁰² ALADI/SEC/ Estudio 169 (Nota 98) p. 55.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de acordos que contém disposições sobre o comércio de serviços¹⁰³. São 58 “Acordos de Alcance Parcial” (AAP) e 2 “Acordos de Alcance Regional” (AAR). De forma mais detalhada, trata-se de 30 “Acordos de Complementação Econômica” (ACE), 11 Acordos segundo o Art. 13 do TM (*Acordos de Promoção do Comércio*), 12 Acordos nos termos do Art. 14 do TM (*Acordos de outras Modalidades de Acordos de Alcance Parcial*¹⁰⁴), 5 Acordos segundo o Art. 25 do TM (*Acordos de Alcance Parcial entre os Países Membros da ALADI e outros Países e Áreas de Integração Econômica da América Latina e Caribe*), assim como 2 “Acordos de Alcance Regional” (AAR), quer dizer, um “Acordo sobre Cooperação Científica e Tecnológica”¹⁰⁵ e outro sobre “Cooperação e Intercâmbio de Bens e nas Áreas Cultural, Educacional e Científica”¹⁰⁶. Todos esses acordos seguem o princípio da “lista negativa”¹⁰⁷.

Sem embargo, as negociações no nível sub-regional continuaram, ao passo que em dezembro de 1997 os Países Membros do MERCOSUL aprovaram, mediante a Decisão nº 13/97, o Protocolo de Montevideu (1997) que estabelece o “Acordo Marco” para a liberalização dos serviços neste esquema sub-regional. Em junho de 1998 os Membros da Comunidade Andina aprovaram seu respectivo regime, através da Decisão nº 439.

4.2. Liberalização do comércio de serviços no nível “sub-regional” – MERCOSUL

4.2.1. Normas de direito primário

O Art. 1 parágrafo 1 do Tratado de Assunção (1991) dispõe: “Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Este Mercado Comum implica: a livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente. O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados (...)” (Art. 1 parágrafo 2 inciso 1).

¹⁰³ Ver ALADI/SEC/174 (Nota 56), Anexo 1, p. 37ss.

¹⁰⁴ Entre outras matérias, principalmente na cooperação científica e tecnológica, a promoção do turismo e a preservação do meio ambiente (Art 14 parágrafo 2 do Tratado de Montevideo).

¹⁰⁵ AR.CYT N° 6, de 10 de fevereiro de 1995.

¹⁰⁶ AR.CEYC N°7.

¹⁰⁷ Ver para tanto o mencionado no Capítulo 2.2.3.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Complementar contém o Anexo I do Tratado de Assunção (1991) um Programa de Liberalização Comercial que define especificamente a dimensão e as condições da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias e outras medidas de efeito equivalente. O Art. 2 do mesmo anexo define em especial os termos „gravames“ bem como “demais restrições” para o comércio intra-zonal.

Assim, o Contrato de Constituição do MERCOSUL, bem com seu Anexo I somente -e de fato somente “*inter alia*”- menciona o processo de liberalização para o estabelecimento da *livre circulação de mercadorias* como o primeiro passo para o alcance do previsto “Mercado Comum” não faz, no entanto, qualquer menção sobre o processo por meio do qual deverá se originar um mercado livre para a *prestação de serviços* no MERCOSUL.

Em junho de 1992 o Conselho do Mercado Comum (CMC) aprova o chamado “Programa de Las Lenãs”¹⁰⁸. Um programa de trabalho bastante ambicioso, que tem como ponto principal a livre circulação de bens, mas que possui também indicações para uma liberalização do comércio de serviços. Desta forma, foi criado dentro do Sub-Grupo de Trabalho n.º 10 “Coordenação de Políticas Macro-econômicas” uma comissão específica para o comércio de serviços (“*Comissão para o Comércio de Serviços*”), que recebeu como tarefa examinar o sistema jurídico nacional dos Estados Partes do MERCOSUL e apresentar propostas para a realização de um acordo de base para a regulamentação do comércio de serviços até dezembro de 1993.

Apesar de todo o esforço, não foi possível ater-se ao prazo estabelecido. Desta forma, foi necessário renovar o mandato da “Comissão” e valorizar sua posição institucional. Primeiramente reconheceu-se a “Comissão para o Comércio de Serviços”, através da Resolução n.º 38/95 do Grupo Mercado Comum (GMC), de 4 de dezembro de 1995, como “*Grupo Ad Hoc Serviços*”, mandato outorgado principalmente com o fim de realizar as tarefas técnicas necessárias para a redação de um protocolo sobre o comércio de serviços no MERCOSUL e de reunir informações para preparar a negociação das listas de compromissos específicos iniciais em matéria de liberalização de serviços.

Através da Resolução n.º 31/98 de 22 de julho de 1998 o Grupo Mercado Comum (GMC) cria, em substituição ao “Grupo Ad Hoc Serviços”, o “*Grupo de Serviços*” como órgão auxiliar do próprio Grupo Mercado Comum e, por isso, tem desde então o dever de prestação de contas em relação a este.

¹⁰⁸ CMC Decisión 1/92, de 27 de julho de 1992.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Somente em novembro de 1997 foi possível chegar politicamente a um acordo sobre os fundamentos de um protocolo para a regulamentação do comércio de serviços no MERCOSUL. Como motivo para o lento progresso na elaboração de um tratado desse gênero era, antes de tudo, como declarou o Coordenador do “Grupo Ad Hoc Serviços” *Antonio Marconini*, a novidade da agenda e a falta de experiência para regulamentar esse complexo assunto em sua totalidade¹⁰⁹.

4.2.2. Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL (1997)

Na XIII Reunião do Conselho do Mercado Comum (CMC), que aconteceu em Montevideu aos 15 de dezembro de 1997, decidiu-se aprovar mediante a Decisão nº 13/97 do CMC o “*Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL*” (Art. XXX), que tem por objeto promover o livre comércio de serviços no MERCOSUL e se aplica às medidas adotadas pelos Estados Partes que afetem o comércio de serviços em seu território. O mencionado Protocolo é parte integrante do Tratado de Assunção (1991), terá duração indefinida e entrará em vigência trinta dias depois da data do depósito do terceiro instrumento de ratificação (Art. XXVII inciso 1), fato que ocorreu aos 7 dias de dezembro do ano de 2005, tendo recebido nestas datas as ratificações da Argentina, Brasil e Uruguai¹¹⁰. Segundo o Art. XIX inciso 1 do Protocolo, os Estados Partes manterão sucessivas rodadas de negociações para efeito de completar num máximo de dez anos, contados a partir da entrada em vigor do mesmo, o Programa de Liberalização do Comércio de Serviços do MERCOSUL¹¹¹. O prazo final para o cumprimento do Programa de Liberalização se dá então no fim do ano de 2015.

O “Protocolo de Montevideu” contém em sua II. Parte (Art. III até Art. XVIII) “*Obrigações e Disciplinas Gerais*” entre outros, o tratamento da nação mais favorecida, o acesso ao mercado, o tratamento nacional, as listas de compromissos específicos, exceções gerais, exceções relativas à segurança, contratação pública, subvenções e definições. Sua III. Parte (Art. XIX até Art. XX) abrange as disposições relativas ao “*Programa de Liberalização*”.

¹⁰⁹ Declaração de *Mario Marconini* em Estado Actual de Las Negociaciones en Materia de Comercio de Servicios en el Mercosur, Actas. Conferencia Origen en el Comercio de Servicios (1996), p. 63; GARI (Nota 1), p. 668.

¹¹⁰ GARI (Nota 1), p. 662 (Nota 5).

¹¹¹ Este prazo para a eliminação de todas as barreiras está contido também no Art. 10.

4.2.2.1. Obrigações e Disciplinas Gerais

O tratamento da *nação mais favorecida* tem caráter absoluto, isso significa dizer que não há possibilidade alguma de revogá-la, como por exemplo, o Art. II do GATS que permite isenções a este princípio para um período de dez anos¹¹². Cada Estado Parte outorgará imediata e incondicionalmente aos serviços e aos prestadores de serviços de qualquer outro Estado Parte um tratamento não menos favorável que o que conceda aos serviços similares de qualquer outro Estado Parte ou de terceiros países. A única exceção encontra-se no inciso 2 deste artigo e refere-se ao intercâmbio limitado às zonas fronteiriças contíguas de serviços que sejam produzidos e consumidos localmente (Art. III).

No que se refere ao *acesso ao mercado* através dos modos de prestação identificados no Art. II¹¹³ o Protocolo é muito semelhante ao GATS, e obriga em seu Art. IV inciso 1 cada Estado Parte a outorgar aos serviços e aos prestadores de serviços dos demais Estados Partes um tratamento não menos favorável que o previsto em conformidade com o especificado na sua lista de compromissos específicos, regulada no Art. VII do Protocolo. Segundo este artigo, cada Estado Parte especificará numa lista de compromissos específicos os setores, sub-setores e atividades com relação aos quais assumirá compromissos e, para cada modo de prestação correspondente, indicará os termos, limitações e condições em matéria de acesso ao mercado e tratamento nacional, regulado pelo Art. V. Cada Estado Parte poderá também especificar compromissos adicionais em conformidade com o Art. VI. Segundo o inciso 4 do Art. VII as listas de compromissos específicos se anexarão ao Protocolo e serão parte integrante do mesmo.

Assim, os Estados Partes do MERCOSUL, ao contrário dos membros da Comunidade Andina -que como outras zonas de integração latino-americanas basicamente também seguiram o exemplo da NAFTA e por conseqüência partem de um sistema de

¹¹² Ver PEÑA, M.-A., "Services in MERCOSUR: The Protocol of Montevideo, em STEPHENSON (ed.), *Liberalizing Trade in Services in the Western Hemisphere*, 2000, p. 157.

¹¹³ Art. II inciso 1 (i) La prestación de un servicio; (ii) la compra, pago o utilización de un servicio; (iii) el acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Estados Partes, y la utilización de los mismos, con motivo de la prestación de un servicio; (iv) la presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Estado Parte en el territorio de otro Estado Parte para la prestación de un servicio.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

“*listas negativas*”-, optaram pelo já mencionado sistema de “*listas positivas*”¹¹⁴, desta forma o processo de liberalização do comércio de serviços no MERCOSUL conquistou uma posição singular.

Outro princípio chave é o da *transparência*, segundo o qual os membros do MERCOSUL haviam iniciado um processo de transparência no ano de 2001, num contexto no qual se estipularam as restrições ao acesso ao mercado e o tratamento nacional a serem dispensados aos prestadores de serviços de todos os setores até o meio do ano de 2002, como preâmbulo a uma total remoção de ditas restrições o mais tardar para o ano de 2007¹¹⁵.

Merece menção também o princípio de *conservação* do “*status-quo*” que proíbe a introdução de qualquer nova restrição depois de certa data limite que foi determinada no ano de 2001, quando se chegou à aprovação da exigência de uma lista de todas as restrições existentes nos setores dos serviços até meados do ano de 2002 para iniciar um processo de remoção das restrições e uma disposição “*status-quo*”¹¹⁶. Apesar do compromisso geral de respeitar o princípio do “*status-quo*” o Protocolo de Montevideu (1997), em seu Art. XX, admite a modificação ou suspensão de compromissos somente em casos excepcionais, à condição de que se notifique o Grupo Mercado Comum e se exponha perante o mesmo os fatos, razões e justificações para tal modificação ou suspensão de compromissos¹¹⁷. Assim diferencia-se basicamente o tratamento do princípio de “*status-quo*”, da regra optada pelo Art. 10 da Decisão n.º 439 para a liberalização do comércio de serviços na Comunidade Andina, que proíbe a introdução posterior de medidas restritivas¹¹⁸. Apesar de que o MERCOSUL com a regra contida no Art. XX do Protocolo de Montevideu (1997) aproxima-se da já mencionada regulação do Art. XXI parágrafo 1 alínea “a” do GATS¹¹⁹, é um tanto quanto restritiva, uma que em geral não permite qualquer modificação dos compromissos assumidos depois de três anos, mas somente se cumpridos dados pressupostos permite a retirada de uma concessão garantida.

¹¹⁴ Comparar para tanto uma exposição mais detalhada mencionada no Capítulo 2.2.3.

¹¹⁵ ALADI/SEC/Estudio 174 (Nota 56) p. 17, 24.

¹¹⁶ ALADI/SEC/Estudio 174 (Nota 56) p. 25.

¹¹⁷ ALADI/SEC/Estudio 174 (Nota 56) p. 25.

¹¹⁸ Ver para tanto o que segue no Capítulo 4.3.2.3.2.

¹¹⁹ Comparar para tanto o mencionado no Capítulo 2.2.3.2.

4.2.2.2. Programa de Liberalização

Os Estados Partes manterão sucessivas rodadas de negociações para efeitos de completar o Programa de Liberalização de comércio de serviços do MERCOSUL. Tais rodadas serão realizadas anualmente e terão por objeto principal a incorporação progressiva dos setores, sub-setores, atividades e modos de prestação de serviços ao Programa de Liberalização do Protocolo, assim como a redução ou a eliminação dos efeitos desfavoráveis das medidas sobre o comércio de serviços, como forma de assegurar o acesso efetivo ao mercado (Art. XIX inciso 1). Segundo o Art. XX inciso 1, cada Estado Parte poderá, durante a implementação do Programa de Liberalização a que se refere a Parte III do presente Protocolo, modificar ou suspender compromissos específicos incluídos em sua Lista. Esta modificação ou suspensão será aplicável somente a partir da data em que seja estabelecida e respeitando o princípio da não retroatividade para preservar os direitos adquiridos.

A entrada em vigor do Protocolo de Montevideu (1997), como supra mencionado, em 7 de dezembro de 2005, colocou os Estados Partes diante de um desafio concreto, de completar no prazo máximo de dez anos a partir daquela data, o Programa de Liberalização do Comércio de Serviços do MERCOSUL, conforme estabelece o Art. XIX inciso 1 do Protocolo. A não entrada em vigência do Protocolo até o final de 2005 não impediu que, desde a sua aprovação, em dezembro de 1997, os Estados Partes realizassem avanços no processo de liberalização do comércio intra-zonal de serviços. Já foram concluídas seis rodadas de negociações anuais de liberalização. A VI Rodada de Negociação de Compromissos Específicos em matéria de serviços foi convocada pela Resolução GMC n° 3/04 e concluída durante o Conselho do Mercado Comum de Córdoba, em julho de 2006, com a aprovação da Decisão CMC n° 01/06. As listas aprovadas pela Decisão n° 01/06, que fazem parte do Anexo desta decisão, substituem as listas de compromissos específicos do Protocolo de Montevideu e entrariam em vigência segundo o disposto no Art. 27 do referido Protocolo.

O “Grupo de Serviços” entende que o processo de liberalização, para continuar avançando de modo adequado e dentro do prazo fixado pelo Protocolo de Montevideu, requer, hoje, um renovado impulso político. E, por isso, o Conselho do Mercado Comum em sua Decisão n°. 30/06, de 15 de dezembro de 2006, decidiu “instruir ao Grupo Mercado Comum a definir, até julho de 2007, parâmetros específicos para a VII Rodada de Liberalização de Compromissos Específicos, assim como lineamentos para o cumprimento do prazo fixado pelo Protocolo de Montevideu (...)” (Art. 1). Para o efeito de alcançar o

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

objetivo previsto no Art. 1, o Grupo Mercado Comum tomará em conta, entre outros, o Informe do “Grupo de Serviços” levado à LXVI Sessão do GMC sobre “Desafios para o Avanço da Liberalização do Comércio de Serviços no MERCOSUL e Propostas de Cursos de Ação”, que consta como Anexo à Decisão CMC n.º 30/06.

A frase chave do mencionado informe reza assim: “A necessidade de um mandato político se torna ainda mais clara quando se consideram os desafios para a redução e remoção efetiva das restrições. Até o momento, as rodadas não implicaram, na maior parte dos casos, eliminação de restrições, senão somente sua consolidação” (Ponto 9) (...) O Grupo de Serviços entende que o cumprimento das propostas de lineamentos supra mencionados, requerirá um mandato de alto nível, tanto nas instâncias do MERCOSUL como em cada Estado Parte” (Ponto 14).

Depois de ratificar sua determinação em superar as assimetrias dos países menos desenvolvidos e de fomentar políticas para a melhoria das condições de inserção desses países no processo de integração, o Conselho Mercado Comum decidiu, em 28 de junho de 2007, através da Decisão n.º 24/07 prorrogar o prazo previsto no Art. 1 da Decisão CMC n.º 30/06 até dezembro de 2007, para os efeitos de definir os lineamentos a fim de completar o Programa de Liberalização do Comércio de Serviços intrazonal, estabelecido pelo Protocolo de Montevidéu (1997) (Art. 1).

4.2.2.3. Anexos ao Protocolo de Montevidéu

Depois da assinatura do Protocolo de Montevidéu, em dezembro de 1997, os Estados firmantes concordaram em não enviar tal Protocolo para aprovação parlamentar aos respectivos Estados Membros do MERCOSUL sem completar as disposições específicas setoriais e listas de compromissos específicos iniciais¹²⁰. Por este motivo, o Conselho do Mercado Comum decidiu em sua sessão em Buenos Aires através da Decisão n.º 9/98, de 23 de julho de 1998, aprovar os seguintes *Anexos* ao Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL (1997) que estabelecem disposições específicas setoriais nas seguintes matérias:

- Movimento de Pessoas Físicas Prestadoras de Serviços;
- Serviços Financeiros;
- Serviços de Transporte Terrestre e por Água;
- Serviços de Transporte Aéreo.

¹²⁰ Ver GMC Resolução N.º 67/97, de 13 de dezembro de 1997.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

O Anexo relativo ao *Movimento de Pessoas Físicas Prestadoras de Serviços* é muito semelhante à regulamentação no GATS com apenas uma providência adicional: “Para regular uma determinada situação de índole trabalhista que afete a pessoas físicas que sejam prestadoras de serviços de um Estado Parte ou pessoas físicas de um Estado Parte que estejam empregadas por um prestador de serviço de um Estado Parte, será aplicável o direito do lugar de execução do contrato de serviço” (Ponto 5).

O Anexo sobre *Serviços Financeiros* contém, entre outras, disposições acerca dos “serviços prestados no exercício das autoridades governamentais dos Estados Partes”, normas que regulam a “Transparência e Divulgação de Informação Confidencial”, regras que tratam de “Medidas Prudenciais” bem como o comprometimento no avanço do “Processo de Harmonização”.

O Anexo sobre *Serviços de Transporte Terrestre e por Água* se aplica às medidas que afetem o comércio de serviços de transporte terrestre (por estrada e ferrovias) e por água.

O Anexo sobre *Serviços de Transporte Aéreo* se aplica às medidas que afetem o comércio de serviços de transportes aéreos, sejam regulares ou não regulares. Da mesma forma, aplica-se aos serviços auxiliares ao transporte aéreo, entendendo-se por tais aqueles incluídos no Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços e os que oportunamente possam resultar das revisões do Anexo em questão.

4.2.3. Direito derivado pertinente

Uma vez que o Protocolo de Assunção (1991) não representa um detalhado Contrato de Fundação do MERCOSUL, mas sim um acordo base com uma enorme necessidade de complementação, a elaboração de normas derivadas possui uma função de extrema importância. Assim os três órgãos legislativos no MERCOSUL -o *Conselho do Mercado Comum* (CMC), o *Grupo Mercado Comum* (GMC) e a *Comissão de Comércio do MERCOSUL* (CCM)- publicaram até o ano de 2004 um total de 331 *Decisões* (CMC), 1.023 *Resoluções* (GMC) e 140 *Diretrizes* (CCM)¹²¹, das quais, por sua vez, devam ter sido revogadas cerca de 150.

Nos termos do Art. 37 do Protocolo de Ouro Preto (POP) (1994), tanto as *Decisões* como as *Resoluções*, devem ser tomadas por consenso e na presença dos representantes de todos os Estados Partes. Este rigoroso quórum de consenso e presença dificulta muito,

¹²¹ PEROTTI, A.-VENTURA, D., *El Proceso Legislativo del MERCOSUR*, 2004, p. 23.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

naturalmente, a tomada de decisões. Ainda, deve ser considerado o fato de que todas as três formas de direito derivado não possui direta aplicabilidade no sistema jurídico nacional de cada Estado Parte, tanto que devem sempre ser “especialmente transformados”. Por consequência, o ato de direito derivado deve, primeiramente, ser incorporado pelo ordenamento jurídico nacional através de lei ou ato administrativo, a aprovação deve ser então comunicada à Secretaria do MERCOSUL (Art. 38 und 40 inciso 1 do POP). Na seqüência a Secretaria comunicará a incorporação em cada um dos Estados Partes aos demais (Art. 40 inciso 2 do POP). Trinta dias após a comunicação efetuada pela Secretaria –de que todos os Estados Partes incorporaram o ato de direito derivado– as normas entrarão em vigor (Art. 40 inciso 3 do POP). Antes do decurso deste prazo todos os Estados Partes deverão dar publicidade do ato nacional de incorporação por intermédio de seus respectivos diários oficiais (Art. 40 inciso 3 POP).

Essa falta de aplicabilidade direta do direito derivado no MERCOSUL representa um verdadeiro «*bottle neck*» no seu processo legislativo. Considerando que, no período a partir da metade de 1991 até a metade de 2002 das 149 decisões aprovadas neste meio tempo, apenas 44, ou seja, 30%, foram incorporadas por todos os Estados Partes do MERCOSUL -no caso das Resoluções esta porcentagem chega a 37% e das diretrizes 50%¹²²- pode-se observar assim, a imensa “lacuna de conversão” existente. Fato que gera não apenas uma enorme insegurança jurídica, mas também dificulta a credibilidade em todo o processo de integração.

Este problema no processo legislativo do MERCOSUL torna-se ainda mais grave, pelo fato de que -como mencionado anteriormente- o Tratado de Assunção (1991) e seus Protocolos de emenda não têm simplesmente um caráter de acordo base, mas são geralmente formulados de forma tão vaga, que dificilmente pode-se recorrer como base jurídica apropriada para um processo legislativo de direito derivado previsível e calculável. Um exemplo clássico neste caso é o já diversas vezes mencionado Art. 1 do Tratado de Assunção (1991) que descreve, apenas de forma indicativa, a livre circulação de bens e serviços. Ainda que o Protocolo de Ouro Preto (1994) proponha neste caso algumas especificações, não contém, no entanto, nenhuma norma geral a respeito da forma e alcance da positivação do direito derivado.

Existe ainda uma outra marcante deficiência na segurança jurídica, pelo fato de inexistir uma forma de controle judicial da

¹²² GARI (Nota 1), p. 693 (Nota 113).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

legalidade do direito derivado. A Jurisdição Arbitral existente no MERCOSUL -instalada em forma de Tribunal Ad hoc (TAH) e Tribunal Permanente de Revisão (TPR)- está aberta apenas para os Estados Partes, que em princípio não têm nenhum interesse em questionar a legalidade de um direito derivado, ou ainda em invalidá-lo, uma vez que os mesmos participaram ativamente através de consenso (Art. 37 POP) na constituição deste direito.

Grande número desses atos de direito derivado referem-se normalmente às medidas de liberalização da *circulação de mercadorias*, principalmente na eliminação de entraves comerciais técnicos como também sobre normas sanitárias e fitosanitárias. Somente poucos atos de direito derivado, aprovados ainda no início do processo de constituição do MERCOSUL, referem-se a *liberalização da prestação de serviços*, principalmente, nos seguintes setores: Educação e Cultura, Energia, Serviços Financeiros, Proteção Sanitária, Serviço de Correio, Telecomunicações, Turismo e Transporte. A literatura pertinente fala, neste contexto, de um “rather unfocused and eventful development of MERCOSUR secondary legislation”¹²³. Ademais, essas normas representam em geral uma harmonização mínima dos sistemas jurídicos nacionais¹²⁴, ao contrário da estratégia que busca uma harmonização máxima¹²⁵. Além disso, existem também “Diretrizes”¹²⁶, “Memorandos de Entendimento”¹²⁷, “Troca de Informações” ou “Convênios de Cooperação”¹²⁸.

4.2.4. Acordos pertinentes

O contínuo desenvolvimento da liberalização do comércio de prestação de serviços pode acontecer através da elaboração de normas

¹²³ GARI (Nota 1), p. 695.

¹²⁴ Ver GMC Resolução n° 8/93, de 17 de janeiro de 1994 estabelecendo regulamentos mínimos para mercados de capitais.

¹²⁵ Ver GMC Resolução n° 38/04, de 26 de novembro de 2004 laying down quality standards for the delivery of letters of up to 20 grams within specified areas.

¹²⁶ “Directrices para la Celebración de Acuerdos Marco de Reconocimiento Recíproco entre Entidades Profesionales y la Elaboración de Disciplinas para el Otorgamiento de Licencias Temporarias”, aprovadas pela Decisão n.º 25/03 do CMC, em 15 de dezembro de 2003.

¹²⁷ Ver CMC Decisão 10/99, de 7 de dezembro de 1999, Memorandum of understanding relating to gas exchanges and gas integration in MERCOSUR.

¹²⁸ Ver CMC Decisão 8/99, de 7 de dezembro de 1999, Cooperation Agreement between Supervisory Authorities of Insurance Companies.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de *direito derivado* ou também através de *acordos de direito internacional* que os Estados Partes realizam entre si. Dois exemplos podem ilustrar a questão.

O Art. 4 da Resolução GMC nº 36/00 instrui o Grupo de Serviços para que elabore os termos de referência para a negociação da normativa MERCOSUL aplicável à livre circulação temporária de pessoas físicas fornecedoras de serviços. Por conseguinte, o “Grupo de Serviços” elaborou o Projeto para um “*Acordo para a criação do «Visto MERCOSUL»*”, que foi adotado pelos Estados Membros do MERCOSUL e depois aprovado pelo Conselho do Mercado Comum através de sua Decisão nº 16/03, de 15 de dezembro de 2003. O tratado, que figura como Anexo à mencionada Decisão entrará em vigência 30 dias após o depósito dos instrumentos de ratificação pelos quatro Estados Partes. Antes de sua entrada em vigor, os Estados Partes que o tiverem ratificado poderão, mediante troca de Notas, dar início a sua aplicação, em bases recíprocas (Art. 10 parágrafo 1).

Segundo seu Art. 1, mencionado Acordo aplica-se a gerentes e diretores executivos, administradores, diretores, gerentes-delegados ou representantes legais, cientistas, pesquisadores, professores, artistas, deportistas, jornalistas, técnicos altamente qualificados ou especialistas, profissionais de nível superior. O “*Visto MERCOSUL*” será exigido das pessoas físicas nacionais, prestadoras de serviços de qualquer dos Estados Partes, mencionados no Art. 1 que solicitem ingressar com intuito de prestar, temporariamente, serviços no território de uma das Partes, sob contrato para a realização de atividades remuneradas no Estado Parte de origem ou no Estado Parte de ingresso, para permanência de até dois anos, prorrogáveis uma vez por igual período, até um máximo de quatro anos, contados a partir da data da entrada no território do Estado Parte de ingresso (Art. 2 parágrafo 1). A concessão do “*Visto MERCOSUL*” não estará submetida a nenhuma prova de necessidade econômica nem a qualquer autorização prévia de natureza trabalhista e estará isenta de qualquer requisito de proporcionalidade em matéria de nacionalidade e de paridade de salários (parágrafo 3). O “*Visto MERCOSUL*” dará direito a múltiplas entradas e saídas (parágrafo 4).

Outro exemplo é o “*Acordo para a Facilitação de Atividades Empresariais no MERCOSUL*”, aprovado pela Decisão nº. 32/04 do CMC em 16 de dezembro de 2004. Segundo seu Art. 1 os empresários nacionais dos Estados Partes poderão estabelecer-se no território de qualquer dos outros Estados Partes para o exercício de suas atividades, sem outras restrições além daquelas emanadas das disposições que rijam as atividades exercidas pelos empresários no Estado receptor.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Este acordo entrará em vigor, segundo seu Art. 11 parágrafo 1, para os dois primeiros Estados que o ratifiquem, 30 dias depois do depósito do segundo instrumento de ratificação. Para os demais signatários entrará em vigor 30 dias depois do depósito dos respectivos instrumentos de ratificação, na ordem em que foram depositados.

4.2.5. Liberalização do Comércio de Serviços no MERCOSUL e GATS

O “Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços” (1997), como já mencionado anteriormente, entrou em vigor aos 7 de dezembro de 2005 e em 18 de dezembro de 2006 foi notificado ao “Conselho para o Comércio de Serviços” (“*Council of Trade in Services*”, CTS) nos termos do Art. V parágrafo 7 alínea “a” do GATS¹²⁹. O CTS conduziu o Protocolo de Montevideu (1997) para tratamento adicional ao Comitê de Acordos Comerciais Regionais (“*Committee on Regional Trade Agreements*”, CRTA)¹³⁰, nos termos do Art. V parágrafo 7 alínea “a” do GATS. Na seqüência notifica o MERCOSUL com base no Protocolo de Montevideu ao CRTA os dados de cada estado membro do MERCOSUL para a liberalização do comércio de serviços com base nas “*listas positivas*” correspondentes. Na 47ª sessão, de 13 de setembro de 2007¹³¹, estes dados foram qualificados pelo CRTA como carentes de complementação. Entretanto na sua sessão de 29 de novembro de 2007¹³² foram considerados suficientes, tanto que foi previsto um tratamento equivalente do regime de liberalização para o ano de 2008.

4.3. Liberalização do Comércio de Serviços na Comunidade Andina

4.3.1. Disposições de direito primário

O Art. 1 do Acordo de Cartagena (1969)¹³³ estabelece como objetivo “promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico dos Países Membros em condições de igualdade, mediante a integração e a cooperação econômica e social; acelerar seu crescimento e a geração

¹²⁹ Ver para tanto OMC Documento S/C/N/388 e S/C/N388/Corr.1 (Nota 45).

¹³⁰ Sucessor legal das “Working Parties” segundo WT/L/127 (Nota 18).

¹³¹ Ver para tanto Documento OMC WT/REG/M/47 “Note on the meeting of 13 september 2007”, de 1 de outubro de 2007.

¹³² Ver para tanto Documento OMC WT/REG/M/48, “Note on the meeting of 29 november 2007” de 9 de janeiro de 2008.

¹³³ Publicado na Junta do Acordo de Cartagena / INTAL (Eds) Historia documental del Acuerdo de Cartagena (1974) p. 17ss.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de empregos; facilitar sua participação no processo de integração regional, com o propósito de formar gradualmente um mercado comum latino-americano”.

Para alcançar este objetivo encontram-se também previstos no Art. 3 alínea “h” do Acordo de Cartagena (1969) “programas no campo de serviços e a liberalização do comércio intra-sub-regional de serviços”. O Capítulo VII do Acordo de Cartagena (1969) especifica nos Arts. 79 e 80, que a Comissão da Comunidade Andina, por proposta da Secretaria Geral, deve aprovar um “marco geral de princípios e normas para alcançar a liberalização do comércio intra-sub-regional de serviços”. O Art. 80 do Acordo de Cartagena apresenta quatro modos de prestação no âmbito da Comunidade Andina, satisfazendo assim totalmente a definição do Art. I parágrafo 2 do GATS¹³⁴.

Nos termos do Art. 11 do Acordo de Cartagena (1969) o “Conselho Presidencial Andino” representa o “órgão máximo do Sistema Andino de Integração”, capaz de emitir “diretrizes sobre os diversos âmbitos da integração sub-regional”, cujas “orientações políticas” deverão ser executadas por diferentes “órgão e instituições do Sistema”. Por consequência instrui o X Conselho Presidencial Andino reunido aos 4 e 5 de abril de 1998 em Guayaquil (Equador) à Comissão da Comunidade Andina para que “adote um marco geral em matéria de serviços no primeiro semestre de 1998, o qual serviria de base para as decisões pertinentes, a fim de que se estabeleça na Comunidade Andina um mercado de livre circulação”. Neste contexto, o Conselho Presidencial Andino reitera a importância de um livre comércio de serviços e refere-se à formação de um mercado comum para a livre troca de mercadorias até o final do ano 2005¹³⁵.

4.3.2. Disposições de direito derivado

4.3.2.1. Denominação, Quórum, Tomada de Decisões e Qualidade jurídica do direito derivado

A mencionada disposição do Art. 79 do Acordo de Cartagena (1969) em combinação com a diretriz do X Conselho Presidencial Andino prevê a constituição da norma marco de direito primário para a liberalização do comércio de serviços, a qual será tomada como base para o estabelecimento do direito derivado. Esse direito derivado será aprovado em diferentes tipologias de fontes de direito - segundo o órgão decisório. Assim o Conselho Andino de Ministros

¹³⁴ Ver para tanto mencionado no Capítulo 2.2.

¹³⁵ DANGOND em STEPHENSON (ed.) (Nota 1) p. 182.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

de Relações Exteriores adota segundo o Art. 17 “*Declarações*” e “*Decisões*”, já a Comissão da Comunidade Andina expressa sua vontade através de “*Decisões*”, nos termos do Art. 21; enquanto a Secretaria Geral emite “*Resoluções*”, segundo o Art. 29, todos do Acordo de Cartagena (1969).

De modo interessante o Acordo de Cartagena (1969) propõe essa denominação dos atos de direito derivado e a fixação de quórum¹³⁶ para tomada de decisões, mas não descreve, ao mesmo tempo, os efeitos jurídicos destes atos de direito derivado -principalmente em relação às “*Decisões*” que interessam no presente estudo-, que serão tratados por uma terceira fonte jurídica, no caso o “Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina”, de 28 de maio de 1996¹³⁷. Segundo o Art. 2 deste Tratado, as *decisões* aprovadas tanto pelo Conselho Andino de Ministro de Relações Exteriores como da Comissão obrigam os países membros desde esta data. Nos termos do Art. 3 as *decisões* do Conselho ou da Comissão e as *Resoluções* da Secretaria Geral são diretamente aplicáveis nos países membros a partir da data de sua publicação no “Gaceta Oficial” do Acordo, a menos que as mesmas disponham uma data posterior.

4.3.2.2. Visão Geral sobre as principais regras jurídicas de direito derivado para a liberalização do comércio de serviços

Poucos meses depois do “Conselho Presidencial Andino” em Guayaquil em abril de 1998, a Comissão aprovou através da Decisão n.º 439, de 11 de junho de 1998, o “*Marco Geral de Princípios e Normas para a Liberalização do Comércio de Serviços na Comunidade Andina*”, que estabelece as bases gerais para a liberalização do setor de prestação de serviços na CAN.

O Marco Geral tanto define o campo de aplicação e o volume da liberalização de serviços como também define as principais normas e princípios para a liberalização na Comunidade Andina. Da mesma forma define o processo da liberalização, neste caso articulado em cinco diferentes regimes, que serão a seguir apresentados¹³⁸.

Para a execução do “Marco Geral” da Decisão n.º 439, editou-se

¹³⁶ Segundo o Art. 26 do Tratado de Assunção, a Comissão da Comunidade Andina adota regra geral, com o voto favorável da maioria absoluta dos países membros.

¹³⁷ Disponível em www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/moditrib.htm

¹³⁸ Ver para tanto mencionado no Capítulo 4.3.2.4.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

em seguida, entre outras, a Decisão n.º 510, por meio da qual a Comissão aprovou as listas nacionais dos estados membros¹³⁹, bem como fixou os principais princípios e normas dos “inventários”. As restrições contidas nas listas de compromissos específicas (também chamadas “inventario”) foram definitivamente suspensas em 15 de novembro de 2006, após sucessivas prorrogações de prazo através das Decisões Nos. 629 e 634.

A Decisão n.º 659 definiu as condições específicas para o “aprofundamento da liberalização ou harmonização de normas em setores ou sub-setores de serviços contidos nos inventários”¹⁴⁰ e submete ao mesmo tempo o setor de serviços financeiros a um regime especial de direito derivado, a ser explicado mais precisamente ao longo deste trabalho. Com a aprovação da Decisão n.º 659 culminou-se o processo de aperfeiçoamento da liberalização do comércio de serviços na Comunidade Andina, precedido pelas Decisões n.ºs. 439, 510, 629 e 634, as quais constituíam o Marco Geral e procedimental para a liberalização do comércio de serviços na sub-região¹⁴¹.

As supra mencionadas mais importantes regras de direito derivado para a liberalização do comércio de serviços, formam junto com várias outras Decisões da Comissão um extremamente complexo sistema de normas. Para uma primeira sistematização da organização das normas referente à liberalização do comércio de serviços, ofereceu-se a divisão em sete regimes especiais, todos contidos na Decisão n.º 439, o “Marco Geral”. A representação desses regimes deve ser muito breve, a relação entre eles será mencionada somente de forma aproximada, uma vez que não existem regras de coalisão nem prática de aplicação. Na seqüência será apresentado mais precisamente o sistema da liberalização do comércio de serviços na Comunidade Andina e uma visão geral dos diferentes regimes existentes para tanto.

¹³⁹ Decisão da Comunidade Andina n.º 510, “Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios”, de 30 de outubro de 2001.

¹⁴⁰ Decisão da Comunidade Andina n.º 659, “Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o de armonización normativa” de 14 de dezembro de 2006.

¹⁴¹ Informe da Secretaría General da Comunidade Andina 2006-2007, SG/di 848, 14 de junho de 2006, p. 25.

4.3.2.3. “Marco Geral para a Liberalização do Comércio de Serviços na Comunidade Andina”

4.3.2.3.1. Objetivo, Definições e Âmbito de Aplicação

O Art. 1 da Decisão n.º. 439 defini o objetivo da liberalização do comércio de serviços na Comunidade Andina como o de “estabelecer um conjunto de princípios e normas para a liberalização progressiva do comércio intra-sub-regional de serviços, a fim de alcançar a criação do Mercado Comum Andino de Serviços, mediante a eliminação de medidas restritivas no interior da Comunidade Andina”.

O conceito “Comércio de Serviços” será definido no Art. 2 da Decisão n.º 439 no sentido dos quatro *modos de prestação* do Art. I parágrafo 2 do GATS: comércio transfronteiriço (“*cross-border-trade*”), consumo no exterior (“*consumption abroad*”), presença comercial (“*commercial presence*”) e presença de pessoas físicas (“*presence of natural persons*”). A Decisão n.º. 439 aplica-se a todos os setores de serviços e nos diferentes modos de prestação.

Uma exceção referente ao perímetro setorial da liberalização da prestação de serviços refere-se aos “serviços prestados em exercício de faculdades governamentais” bem como “a aquisição de serviços por parte de organismos governamentais ou de entidades públicas”, nos termos do seu Art. 4 parágrafos 1 e 2. Este último modo de serviços públicos deveria ser submetido ao princípio de tratamento nacional entre os países membros da Comunidade Andina, mediante decisão que deveria ser adotada até 1º de janeiro de 2002. Na falta de tal decisão no prazo designado, o tratamento nacional seria outorgado de forma imediata (Art. 4 parágrafo 2).

Estão de fora do âmbito de aplicação da Decisão n.º. 439 também, nos termos do seu Art. 4 parágrafo 3, os “serviços de transporte aéreo”, bem como os “serviços submetidos a decisões setoriais existentes a data da entrada em vigência” da Decisão n.º 439, segundo o Art. 5 desta. Estes setores ou sub-setores estão sujeitos muito mais às normas contidas em tais decisões, enquanto as condições da Decisão n.º 439 têm aplicação somente supletiva¹⁴².

Segundo o Art. 15 parágrafo 2 existem ainda uma série de regras específicas para setores de prestação de serviços individuais¹⁴³.

¹⁴² Nenhuma regra de coalisão prevista.

¹⁴³ Ver para tanto exposição do Capítulo 4.3.2.8. ss.

4.3.2.3.2. Princípios básicos da liberalização na Comunidade Andina

A Decisão n° 439 contém no seu Capítulo IV também os princípios mais importantes, bem como obrigações em relação à liberalização do comércio de serviços na Comunidade Andina.

Os princípios fundamentais mais importantes do regime multilateral do GATS, a saber: princípio da nação mais favorecida (“*most-favoured-nation principle*”) (Art II do GATS), tratamento nacional (“*national treatment*”) (Art XVII do GATS), acesso ao mercado (“*market access*”) (Art. do XVI), bem como a obrigação de transparência (Art. III do GATS); têm aplicação também no regime da liberalização do comércio de serviços em âmbito sub-regional da Comunidade Andina.

O princípio básico da OMC, a “*Cláusula da Nação mais Favorecida*”, encontra-se no Art. 7 da Decisão n° 439. Cada um dos Estados Parte obriga-se, conseqüentemente, de forma imediata e incondicional, a garantir tratamento não menos favorável ao concedido aos serviços e aos prestadores de serviços dos demais Países Membros, do que aqueles concedidos à serviços e prestadores de serviços similares de qualquer outro país, seja este membro da Comunidade Andina ou terceiro Estado.

Essa forma de regime preferencial trata-se não somente de uma simples cláusula da nação mais favorecida “*interna*” – como na sua aplicação no regime da OMC (ver Art. I do GATT e Art. II do GATS), na qual a multilateralização de todas as vantagens bilaterais ou simplesmente multilaterais restritivas a um grupo são garantidas apenas a outros membros da OMC – mas sim de uma cláusula da nação mais favorecida com efeito “*externo*”. Essa orientação “*externa*” adicional da cláusula da nação menos favorecida¹⁴⁴ tem por efeito que todas as vantagens que os membros das zonas de integração regional garantirem a terceiro estado, nos termos do Art. 7 da Decisão n.º 439, deverá ser multilateralizada em relação aos outros membros da zona. Dessa forma, todas as vantagens comerciais que cada membro da CAN conceder a um terceiro Estado ao nível de contratos de livre comércio, deverão ser transmitidas aos demais Estados Partes da CAN¹⁴⁵.

Além de regras para a garantia do princípio da nação mais favorecida (Art. 7), constam no Art. 6 e Art. 8 da Decisão n.º 439 determinações para a garantia do acesso ao mercado, bem como do

¹⁴⁴ Ver HUMMER-PRAGER (Nota 75), p. 37 y ss.

¹⁴⁵ Ver a constelação semelhante do Art. 44 do Tratado de Montevideo (1980), referente a preferências concedidas pelo México na NAFTA, HUMMER, W.-PRAGER, D., “GATT, ALADI y NAFTA. Pertenencia simultánea a distintos sistemas de integración”, 1998, p. 127 ss.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

tratamento nacional. Cada Estado Parte garante aos serviços e aos prestadores de serviços dos demais Países Membros, acesso a seus mercados tendo em vista cada um dos quatro modos de prestação (Art. 6)¹⁴⁶. Segundo o Art. 8 cada Estado Parte da CAN garantirá aos serviços em si e aos prestadores de serviços dos demais Países Membros, um tratamento não menos favorável àquele concedido a seus próprios serviços ou prestadores de serviços similares.

Dentre as obrigações materiais contidas na Decisão n° 439 devem ser mencionadas, principalmente, as que regulam o livre trânsito e a livre presença temporária de pessoas naturais ou físicas, assim como de empregados das empresas prestadores de serviços dos demais países membros (Art. 12)¹⁴⁷ e também o reconhecimento de “licenças, certificados, títulos profissionais e credenciações” (Art. 13). O Art. 3 da Decisão n.º 659, de 14 de dezembro de 2006, estabeleceu o marco para o início dos trabalhos que permitam definir as normas de creditação e reconhecimento de licenças, certificados e títulos profissionais.

O Art. 10 da Decisão n° 439 prevê uma cláusula “*stand still*” (também chamada de cláusula “*status quo*”) referente à obrigação de garantir o acesso ao mercado e o tratamento nacional. A posterior introdução de medidas que incrementem o grau de desconformidade ou (...) descumpram os compromissos contidos nos Arts. 6 e 8 é, desta forma, inadmissível. Essa disposição de “*status quo*”, que impede qualquer nova restrição ao comércio de serviços entre os países membros, garante antes de tudo estáveis condições básicas e uma certa medida de segurança aos prestadores de serviços¹⁴⁸.

Além dos supra mencionados princípios que regulam o acesso ao mercado dos serviços ou prestadores de serviços de um outro país membro da CAN, obrigam-se os estados partes da CAN também à garantia de *transparência* relativamente à sua prática de liberalização. Os países membros devem imediatamente publicar todas as “medidas (...) que se refiram ou afetem o funcionamento do estabelecido no

¹⁴⁶ Ver o mencionado no Capítulo 4.3.2.3.1.

¹⁴⁷ Um paralelo para tanto encontra-se na Directiva 2006/123/EG do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 sobre a liberalização de serviços no mercado interno (Boletim Oficial 2006, L 376 p.36ss.), bem como na Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços (Boletim Oficial 1997, L 18 p. 1 ss.), ver em geral WACHTER, G.-BURGER, F. (ed.), “Die Dienstleistungsrichtlinie. Dienstleistungsfreiheit in Europa – Segen oder Fluch?” 2008.

¹⁴⁸ Ver o mencionado no Capítulo 2.2.3.2 e Capítulo 4.2.2.1.

presente Marco Geral”, bem com os acordos internacionais com terceiro Estado “que afetem o funcionamento do estabelecido no presente marco geral”. Além disso, devem também notificar a Secretaria Geral da Comunidade Andina (Art. 9 da Decisão n° 439).

4.3.2.4. Visão Geral sobre a Técnica para a Liberalização do Comércio de Serviços

Além das já mencionadas definições, âmbitos de aplicação, bem com os princípios fundamentais para a liberalização do comércio de serviços estabelecidas pela Decisão n° 439, esta contém também os diferentes regimes de liberalização, que serão resumidamente apresentadas.

Regime 1: O Art. 14 prevê a criação de uma lista “inventário” das medidas contrárias aos princípios fundamentais da Decisão n° 439.

Regime 2: O Art. 15 prevê em seu parágrafo 1° a obrigação dos estados partes de eliminar gradual e progressivamente as medidas contidas no “inventário” mediante a celebração de negociações anuais cujos resultados serão expressados em decisões da Comissão da Comunidade Andina.

Regime 3: O Art. 5 regula a aplicação das “decisões setoriais”, já existentes anteriormente à Decisão n° 439, para cada setor e sub-setor.

Regime 4: O parágrafo 2° do Art. 15 autoriza a Comissão a definir para tanto quais os setores que, por suas características especiais e particularidades, estarão sujeitos a uma liberalização ou harmonização setorial específica.

Regime 5: A liberalização do setor de serviços financeiros possui também um regime especial, segundo o Art. 2 da Decisão n° 659.

Regime 6: O Art. 15 parágrafo 2 autoriza a Comissão a legislar com base em estudos setoriais especiais, quando esta pode adotar Decisões para o aprofundamento do processo de liberalização ou para a harmonização de normas, que segundo o “inventário” devem ser eliminados.

Regime 7: O Art. 16 prevê que a confirmação de liberalização recíproca que alguns membros da CAN firmarem entre si, através de uma obrigação da nação mais favorecida com efeitos internos¹⁴⁹, deverá ser estendida somente ao país que tenha tal setor já liberalizado.

Regime 8: O Art. 22 estabelece -de acordo com o regime especial para Bolívia e Equador previsto no Capítulo XV do Acordo de Cartagena (1969)- também no âmbito da liberalização do comércio de serviços um regime especial para esses dois Estados especialmente desfavorecidos economicamente.

¹⁴⁹ Essa obrigação da Nação Mais Favorecida segundo o Art. 16 da Decisão n° 439 não deve ser confundida com a já mencionada Obrigação da Nação Mais Favorecida interna nos termos do Art. 7 da Decisão n° 439.

4.3.2.5. O “inventário” - a “Lista Negativa” da CAN (Regime 1)

Como mencionado anteriormente, a liberalização do comércio de serviços desenvolve-se na América Latina através da técnica da “*lista negativa*”¹⁵⁰, ao contrário do método da “*lista positiva*”, prevista pelo GATS no nível universal e pelo MERCOSUL no nível sub-regional para a liberalização do setor de serviços. Também na Comunidade Andina será utilizada, basicamente, a técnica da “*lista negativa*”. Conseqüentemente, prevê a Decisão n° 439 no seu Art. 14, que até 31 de dezembro de 1999 será adotado um “inventário” das medidas contrárias aos princípios contidos nos Art.s 6 e 8 (acesso ao mercado e tratamento nacional) que deverá ser apovado pela Comissão da Comunidade Andina mediante decisão. A Secretaria Geral da CAN tem a função de coordenar a troca de informações entre os países membros, a fim de elaborar a lista de compromissos específicos (“inventário”) e preparar uma proposta de Decisão¹⁵¹. Correspondente “inventário” deveria ser aprovado pela Comissão mediante decisão no mais tardar até 31 de janeiro de 1999. Este prazo foi, no entanto, diversas vezes prorrogado -através das Decisões n° 473, de 17 de janeiro de 1999; n° 481, de 08 de junho de 2000; n° 484, de 29 de agosto de 2000; n° 489, de 07 de dezembro de 2000; bem como n° 493, de 30 de março de 2001- e, finalmente, fixado para o final de junho de 2001¹⁵². A lista de compromissos específicos, todavia, foi aprovada pela Comissão apenas meses depois deste último prazo fixado -e não mais prorrogado- mediante a Decisão n° 510, de 30 de outubro de 2001 (“*Adoção do Inventário de Medidas Restritivas do Comércio de Serviço*”).

A Decisão n° 510 contém nos seus cinco anexos as listas dos países de seus (até então) cinco países membros Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela todas as restrições nacionais que limitam o acesso ao mercado de serviços ou prestação de serviços de outros países membros da CAN (Art 6 da Decisão n° 439 interpretado à luz do Art. XVI do GATS) ou prevêm o tratamento nacional aos serviços ou

¹⁵⁰ Ver o mencionado no Capítulo 2.2.3.2.

¹⁵¹ Segunda disposição transitória, Decisão n.º 439.

¹⁵² Decisão n° 473 de 17 de dezembro de 1999 mudou o prazo para a criação dos «inventários» de 31 de dezembro de 1999 para 1° de julho de 2000; Decisão n° 481, de 8 de junho de 2000 prolongou o prazo em 60 dias, Decisão n° 484, de 29 de agosto de 2000 em mais 90 dias, Decisão n° 489, de 7 de dezembro de 2000 estendeu o prazo até 31 de março de 2001, através da Decisão n° 493, de 30 de março de 2001, o prazo foi prolongado expressamente pela última vez em mais 60 dias, no entanto este prazo não foi definido como prorrogável.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

prestações de serviços providas de outros países membros da CAN (Art. 8 da Decisão n° 439 interpretado à luz do Art. XVII do GATS)¹⁵³, pelo sistema de “*services sectoral classification list*”¹⁵⁴ da OMC. Enumeradas, foram as restrições vigentes em 17 de junho de 1998 (Art. 4 da Decisão n° 510). Esse regresso à posição de 17 de junho de 1998 justifica-se pela já mencionada cláusula “*stand still*”¹⁵⁵.

Referente às mencionadas obrigações materiais que regulam o livre trânsito e a livre presença temporária de pessoas naturais ou físicas, assim como de empregados das empresas prestadores de serviços dos demais países membros (Art. 12 da Decisão n° 439) e o reconhecimento de licenças, certificados, títulos profissionais e credenciações (Art. 13 da Decisão n° 439), somente serão abrangidas pelo “inventário” se contrariarem os princípios de acesso ao mercado e tratamento nacional.

Não constam da lista de compromissos específicos, contudo, as restrições fora do âmbito de aplicação da Decisão n.º 439, como tão pouco -como no Art. 2 alínea “a” do Anexo Sobre Serviço Financeiro do GATS- as “medidas prudenciais do setor de serviços” (Art. 2 inciso 7 da Decisão n° 510).

O “inventário” também contém, expessamente, apenas medidas restritivas de *alcance nacional*. As medidas restritivas de *alcance regional* ou *local* são objeto de um programa de trabalho específico para outras liberalizações sub-regionais do comércio de serviços e deveriam ser notificadas à Secretaria Geral até o mais tardar em 31 de dezembro de 2002. As restrições regionais e locais não notificadas até essa data são consideradas automaticamente liberalizadas (Art. 3 da Decisão n° 510).

O “inventário” estabelece, como já mencionado, o regime de uma “*lista negativa*” (Art. 2 parágrafo 3 da Decisão n.º 510). Todas as medidas nacionais explícitas no “inventário” poderão, apesar de sua incompatibilidade com as exigências de garantia do acesso ao mercado (segundo o Art. 6 da Decisão n° 439) e/ou do tratamento nacional (segundo o Art. 8 da Decisão n° 439) continuar a existir. Neste contexto, entende-se que as medidas não incluídas no “inventário” estão liberalizadas (Art. 2 parágrafo 3 da Decisão n.º 510). Assim, a técnica das chamadas “*listas negativas*” permite um

¹⁵³ O Art 2 parágrafo 1 da Decisão n° 510, com respeito à obrigação de garantia do “market acces” e/ou “national treatment” nos termos dos Arts. 6 e 8 da Decisão 439, remete explicitamente à definição correspondente no GATS.

¹⁵⁴ MTN.GNS/W/120 de 10 de julho de 1991.

¹⁵⁵ Ver para tanto o mencionado no Capítulo 4.3.2.3.2.

nível de compromissos maior entre as partes daquele permitido pela técnica das “*listas positivas*”.

4.3.2.6. Redução das medidas restritivas especificadas no “inventário” (Regime 2)

O sistema de “*listas negativas*” da Comunidade Andina mostra-se, contudo, de forma um tanto modificada quanto à técnica geral de “*listas negativas*”, uma vez que todas as medidas restritivas especificadas no “inventário” deverão ser suprimidas até no máximo no ano de 2005. Assim, será recorrida somente (de maneira transitória) à técnica de liberalização pela “*lista negativa*”, devendo-se comutar num “Mercado Comum Andino de Serviços” através da redução contínua de medidas restritivas¹⁵⁶.

As medidas restritivas dos estados membros especificadas no “inventário” deverão ser gradual e progressivamente reduzidas no curso das rodadas anuais de negociações. As mudanças do “inventário” negociadas serão expressas na forma de decisões da Comissão da Comunidade Andina (Art. 15 da Decisão n° 439)¹⁵⁷. Originalmente, segundo o Art. 15 parágrafo 3 da mesma decisão, o processo de liberalização do comércio intra-sub-regional de serviços deveria culminar no mais tardar no ano de 2005, mediante a redução das medidas mantidas por cada país membro, especificadas no “inventário” acima mencionado. Este prazo foi no entanto, prorrogado pela Decisão n.º 629, de 31 de janeiro de 2006, até 30 de junho de 2006 e também pela Decisão n° 634 até 15 de novembro do mesmo ano. A Decisão n° 659, de 14 de dezembro de 2006, “ratifica a vigência da zona de livre comércio de serviços”¹⁵⁸ e identifica os «setores de serviços objeto do aprofundamento da liberalização ou da harmonização normativa»¹⁵⁹.

“Com a promulgação da Decisão n.º 659 culminou-se o processo de aperfeiçoamento da liberalização do comércio de serviços”¹⁶⁰ entre

¹⁵⁶ Ver STEPHENSON, S.-PRIETO, F. J., “Regional Liberalization of Trade in Services, Experiences in the Americas”, em HOEKMAN-MATTOO-ENGLISH (Nota 10) p. 337.

¹⁵⁷ Apesar de intensiva pesquisa na Website da Comunidade Andina sobre os enumerados atos de direito oficiais, da Comissão da Comunidade Andina, não foi encontrado nenhuma decisão correspondente, de modo que pode-se concluir que tais não existem.

¹⁵⁸ Ver SECRETARÍA de la CAN (ed.), “Ayuda Memoria, Estado Actual del Proceso de Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina”, papel sin membrete, manuscrito s.a, p. 2.

¹⁵⁹ Ver exposição correspondente no Capítulo 4.3.2.9.

¹⁶⁰ Ver SECRETARIA DE LA CAN (ed) (Nota 158) p. 4.

os estados membros da Comunidade Andina. A Decisão n° 659 ratifica a vigência da zona de livre comércio de serviços de acordo com o previsto na Decisão n° 439, salvo no que concerne a um setor que se submeterá a regras especiais, no caso, o de serviços financeiros, cuja normativa deverá ser aprovada antes de 30 de setembro de 2007¹⁶¹.

4.3.2.7. Decisões Setoriais Específicas já existentes antes da Decisão n° 439 (Regime 3)

Ainda no âmbito da organização procedente à “Comunidade Andina”, no caso do sistema do “*Pacto Andino*”, foram promulgadas medidas para a liberalização de setores de serviços específicos que se encontravam numa estreita relação com o comércio intra-regional de bens. Razão para tanto foi, antes de tudo, um aumento considerável do comércio intra-regional de mercadorias no início dos anos do então Pacto Andino, que se traduziu já em 1972 na Decisão n° 56 (“Transporte internacional por estrada”)¹⁶². No decorrer do processo de integração foram estabelecidas regras especiais para a supressão de medidas restritivas no *transporte de navio*¹⁶³, para introdução de uma política «*open-skies*» no *trânsito aéreo*¹⁶⁴, para a garantia de livre circulação na rede de estradas dentro do Pacto Andino (“*Andean Road Sistem*”)¹⁶⁵, para *transporte internacional via terrestre*, bem como para criação de locais de passagem de fronteira oficiais, etc.¹⁶⁶.

Da mesma forma já nos anos 70 foram aprovadas as primeiras regras no setor de turismo, como a Decisão n° 36, de marco de 1971, para a constituição de um “Conselho de Turismo”, bem como a Decisão n° 171, de abril de 1982, que prevê um “Programa Andino de Desenvolvimento e Integração Turística”¹⁶⁷.

¹⁶¹ SG/di 848 (Nota 141) p. 25.

¹⁶² DANGOND em STEPHENSON (ed.) (Nota 1), 181s.

¹⁶³ Ver para tanto também a Decisão n.º 609 “Reconocimiento Comunitario de Títulos para la Gente del Mar”, ver SECRETARÍA de la CAN (ed.) (Nota 158) p.9.

¹⁶⁴ Ver a Decisão n.º 582 «Transporte Aéreo en la Comunidad Andina», a Decisão N° 619 «Normas para la armonización de los derechos y obligaciones de los usuarios, transportistas y operadores de los servicios de transporte Aéreo en la Comunidad Andina», bem como a Decisão n° 650 «Estadísticas comunitarias sobre el transporte aéreo», ver SECRETARÍA de la CAN (ed.) (Nota 158) p. 9 s.

¹⁶⁵ Ver também a Decisão n° 399 “Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, sustitutoria de la Decisión 257”, ver SECRETARÍA DE LA CAN (ed.) (Nota 158) p. 7 ss.

¹⁶⁶ DANGOND em STEPHENSON (ed.) (Nota 1), p. 181 s.

¹⁶⁷ Ver SECRETARÍA de la CAN (Nota 158), p. 6 s.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

A Decisão n° 439 determina no seu Art. 5 que os setores ou sub-setores de serviços submetidos a decisões setoriais já existentes à data de entrada em vigência desta, se regulam pelas normas contidas em tais decisões e nas previstas no presente marco geral se aplicarão supletivamente.

4.3.2.8. Decisões setoriais específicas (Regime 4)

Supondo que o Art. 15 parágrafo 2 da Decisão n.º 439 trata de dois regimes diversos para a liberalização do setor do comércio de serviços, ocuparemos-nos na seqüência das “*Decisões Setoriais Específicas*” a serem aprovadas pela Comissão e também das “*Decisões para o Aprofundamento da Liberalização ou para a Harmonização de Normas*” (Regime 5).

Como já mencionado anteriormente, antes da existência da Decisão n° 439 -o “Marco Geral” para liberalização do comércio de serviços- já foram decretadas regras de direito derivados especiais individuais a respeito de diferentes setores de serviços (Regime 3). A Decisão n° 439 também admite a edição de “decisões setoriais específicas”, quando o Art. 15 desta decisão estabelece, conseqüentemente, que a Comissão “poderá’ definir (...) os setores que por suas características e particularidades estarão sujeitos a uma liberalização ou harmonização setorial específica”. Aqueles setores de serviços especificados nestas decisões se regularão pelo estabelecido em tais decisões.

Por conseguinte, foram criados depois da conclusão da Decisão n° 439 regimes de liberalização especiais, com base no Art. 15 supra mencionado, para o *setor de turismo* -Decisão n° 463 (“Regime para o Desenvolvimento e Integração do Turismo na Comunidade Andina”)- e para o *setor de telecomunicações* - Decisão n° 462 (“Normas que Regulam o Processo de Integração e Liberalização do Comércio de Serviços de Telecomunicações na Comunidade Andina”). Tais regimes foram pormenorizadamente definidos através de uma série de outros atos de direito derivado, como por exemplo, no setor de turismo pela Decisão n° 489 “*Día del Turismo Andino*” ou ainda no setor de telecomunicações pela Decisão n° 638 “*Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina*”, Decisão n° 654 “*Marco Regulatorio para la Utilización Comercial del Recurso Orbita-Espectro de los Países Miembros*”¹⁶⁸ bem como pela Resolução da Secretaria Geral n° 432 “*Normas Comunes de Interconexión*”¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Ver a Decisão modificatória da Comissão da Comunidade Andina n° 672.

¹⁶⁹ Ver SECRETARÍA de la CAN (Nota 158), p. 4 ss.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

A relação entre estas “decisões setoriais específicas” e a “lista negativa” prevista pela Decisão n° 510, será regulada pelo Art. 5 desta. Este determina que o “processo de liberalização ou harmonização setorial se regulará em conformidade com o Art. 5 da Decisão n° 439 e/ou por disposições particulares contidas em decisões setoriais específicas, adotadas pela Comissão da Comunidade Andina (...) em conformidade com o disposto no Art. 15 da Decisão n° 439”.

4.3.2.9. Decisões para o aprofundamento da liberalização ou para a harmonização de normas (Regime 5)

Para uma regulação especial dos setores de serviços específicos poderá a Comissão, nos termos do Art. 15 da Decisão n° 439, editar decisões para o aprofundamento da liberalização ou para a harmonização de normas, em setores ou sub-setores de serviços contidos no “inventário”. Originalmente, foi previsto como uma simples possibilidade para a Comissão (“poderá” – Art 15 da Decisão n° 439). No decorrer do processo de redução das medidas especificadas no “inventário” percebeu-se, no entanto, que regras específicas para determinados setores constantes do “inventário” são absolutamente necessárias. A Decisão n° 629 leva a entender, conseqüentemente, que “alguns setores podem requerer um tratamento especial distinto do marco geral regulamentado pela Decisão n° 439, para o que é necessário[...] estabelecer um programa de trabalho para o aprofundamento da liberalização ou harmonização comunitária de normas dos setores específicos identificados”¹⁷⁰.

Para a identificação de cada setor que requer um regime especial de liberalização foi criado um “Grupo Ad Hoc de Alto Nível dos Países Membros” e elaborado um plano de trabalho para o processo de liberalização do setor de serviços através da Decisão n° 629. O novo “Grupo Ad Hoc” deveria identificar no mais tardar até 20 de maio de 2006 -prazo prorrogado até 30 de setembro de 2006 pela Decisão n° 634- todas as medidas do “inventário” que não tenham sido matéria de decisões setoriais e aquelas que seriam objeto de um “aprofundamento da liberalização ou harmonização de normas setoriais” mediante decisões da Comissão e notificar as respectivas medidas à Secretaria Geral. Esta deveria, no máximo até 1° de junho de 2006 -prazo prorrogado até 15 de outubro de 2006 pela Decisão n° 634-, apresentar à Comissão uma proposta com as medidas que seriam objeto de decisões especiais da Comissão, bem como um plano de

¹⁷⁰ Ver para tanto Preâmbulo da Decisão n° 629.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

trabalho correspondente. A Comissão deveria especificar as respectivas medidas através de decisão até 30 de junho de 2006 –prazo prorrogado até 15 de novembro de 2006 pela Decisão nº 634-. No entanto, a Comissão especificou os “*Setores de serviço objeto de aprofundamento da liberalização ou de harmonização normativa*” somente aos 14 de dezembro de 2006, através da Decisão nº 659. Nesta foram indicados aqueles setores e medidas que não possuem até então um regime específico de liberalização e deveriam, assim, ser objeto de um “aprofundamento da liberalização ou harmonização de normas”.

A Decisão nº 659 contém tanto regras para a prestação de serviços profissionais –especialmente em relação à definição de normas de acreditação e reconhecimento de licenças, certificados e títulos profissionais- (Art. 3) como também outras determinações para a liberalização de restrições em matéria de transporte aquático-marítimo de cabotaje listadas no “inventário” (Art. 4), bem como especificações para permissão de investimento de outros países membros em serviços de rádio e televisão (Art. 6).

A Decisão nº 659 permite ainda no seu Art. 5, dentro de certas condições, que se mantenha medidas restritivas em relação à “exigência de uma sociedade anônima como forma jurídica” para determinados prestadores de serviços (como por exemplo prestadores de serviços públicos, extração ou exploração de recursos naturais, etc.), como também a manutenção da “exigência de presença local para provedores de serviços públicos”.

Nos termos do Art. 7 parágrafo 1 da Decisão nº 659 os demais setores e medidas de serviços listados no “inventário” da Decisão nº 510 -com exceção do setor de serviços financeiros- estarão submetidos ao regime do “Marco Geral” da Decisão nº 439. No entanto, segundo o parágrafo 2 deste artigo, os mencionados setores de “prestação de serviços profissionais” (Art. 4) e de “serviços de rádio e televisão” (Art. 6), bem como a manutenção da “exigência de sociedade anônima como forma jurídica” e a “presença local” para determinados prestadores de serviços (Art. 5) gozarão de um tratamento especial.

A Decisão nº 659 encontrava-se “pendente” desde junho de 2006¹⁷¹. As medidas não elencadas na supra mencionada decisão passaram a ser consideradas liberalizadas a partir de 15 de novembro de 2006¹⁷², segundo o Art. 3 desta. As regras que determinam a liberalização dos setores determinados na decisão Nº 659 deveriam

¹⁷¹ Ver SECRETARÍA de la CAN (Nota 158), p 1.

¹⁷² A Decisão nº 659 foi aprovada somente em dezembro de 2006, desta forma teve que prorrogar os prazos para liberalização, para os quais não foram encontrados nenhum ponto de referência.

ser aprovadas pela Comissão da Comunidade Andina até 31 de março de 2007¹⁷³. Caso contrário, a estes setores serão plenamente aplicáveis os princípios e compromissos contemplados na Decisão n° 439 a partir de setembro de 2007¹⁷⁴.

Caso contrário, tais medidas seriam também consideradas liberalizadas a partir de 30 de setembro de 2007.

4.3.2.10. O Setor de Serviços Financeiros (Regime 6)

Também o setor de serviços financeiros assume uma posição privilegiada, no entanto a declaração de direito derivado relativa sucede de maneira quase incompreensível. Primeiramente, no Art. 2 parágrafo 1 da Decisão n° 659, de 14 de dezembro de 2006, serão definidos os setores de serviços objeto do aprofundamento da liberalização ou da harmonização normativa que qualifica a prestação de serviços financeiros como um regime especial. Nos termos do seu parágrafo 4 a “decisão setorial não abordará o componente de harmonização”. Na seqüência, o Art. 7 parágrafo 1 da Decisão n° 659 define que os demais setores e medidas de serviços listadas no “inventário” da Decisão n° 510, que não foram indicados no Art. 2 da presente Decisão, estarão submetidos à Decisão n.º 439. Assim pode-se concluir que o setor de serviços financeiros está completamente excluído do regime da Decisão n° 439 -o “Marco Geral”- e deve submeter-se a um regime especial de liberalização.

Tendo em vista a posição privilegiada do setor de serviços financeiros, estabelecida pelo Art. 7 parágrafo 1 da Decisão n.º 659, bem como a previsão de aprovar uma “decisão setorial”, deve-se supor que o setor de serviços financeiros está subordinado a um regime diferente ao já mencionado Regime 5 -“Decisões para o aprofundamento da liberalização ou para a harmonização de normas”. Da mesma forma, o setor de serviços financeiros não pode ser considerado como parte do Regime 4 -“Decisões Setoriais”- uma vez que esse, como já mencionado anteriormente, nos termos do Art. 7 parágrafo 1, deve ser liberalizado completamente fora do “Marco Geral” da Decisão n° 439. Ao contrário, as determinações da Decisão n° 439, nos termos do Art. 5 da Decisão n° 439, devem ser supletoriamente aplicadas às “decisões setoriais” sujeitas ao Regime 4.

Segundo o Art. 2 parágrafo 2 da Decisão n° 659, a Secretaria Geral da Comunidade Andina convocará um “*Grupo de Especialistas*

¹⁷³ A Decisão n° 629 estabelece o prazo originalmente até 31 de janeiro de 2007, através da Decisão n° 634 foi prorrogado até 31 de março de 2007.

¹⁷⁴ A Decisão n° 629 estabelece o prazo originalmente até 31 de março de 2007, através da Decisão n° 634 foi prorrogado até 31 de setembro de 2007.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Andinos sobre Serviços Financeiros” que deverá definir antes de 30 de setembro de 2007 um regime que regulará a liberalização do setor de serviços. A Comissão da Comunidade Andina deveria então até 30 de setembro de 2007 promulgar uma decisão setorial para regulação do setor de serviços financeiros que, no entanto, segundo o Art. 2 parágrafo 4 da Decisão n° 659, não prevê nenhuma obrigação de harmonização. Este prazo foi ainda prorrogado através da Decisão n° 676, de 28 de setembro de 2007, até 15 de novembro de 2007, e em seguida até 28 de fevereiro de 2008 através da Decisão n.º 677, de 15 de novembro de 2007.

4.3.2.11. Cooperação mais rápida e profunda nos termos do Art. 16 da Decisão n° 439 (Regime 7)

O Art. 16 prevê que os compromissos de liberalização em setores ou sub-setores de serviços específicos admitidos com base numa cooperação mais rápida e profunda entre dois ou mais estados membros da CAN, através de uma obrigação de tratamento da nação mais favorecida com efeito “interno”¹⁷⁵, deverão ser automática e incondicionalmente estendidos ao país que tenha dito setor já liberalizado. Os estados partes que ainda não tenham correspondentes setores e sub-setores liberalizados terão então a possibilidade de entrar em negociações para poder aderir a este regime. Essa regra especial de efeitos “internos” da cláusula da nação mais favorecida, não pode de forma alguma ser confundido com a já mencionada obrigação geral de tratamento da nação mais favorecida “interna”, prevista pelo Art. 7 da Decisão n° 439.

4.3.2.12. Regime Especial para Bolívia e Equador (Regime 8)

A criação de regimes especiais em comparação com outros estados membros menos desenvolvidos na zona de integração (sub-)regional é prática corrente tanto no comércio de bens como também no comércio de serviços. Tal fato deve servir para diminuir a diferença sócio-econômica entre os estados membros no que se refere ao gradual estado de desenvolvimento. Conseqüentemente, o Acordo de Cartagena (1969) prevê também no seu Capítulo XV um “Regime Especial para Bolívia e Equador”, que permita a Bolívia e ao Equador alcançar um ritmo mais acelerado de desenvolvimento econômico. Essa especificação de direito primário será materializada através do Art. 22 da Decisão n° 439, na qual está previsto que “durante as negociações que se levam a cabo no contexto do presente Marco Geral, se considerará o tratamento preferencial em favor da Bolívia e Equador,

¹⁷⁵ Ver para tanto o mencionado no Capítulo 4.3.2.3.2.

quanto a prazos e exceções temporais no cumprimento de suas obrigações, em conformidade com o previsto no Acordo de Cartagena”.

Também em outras determinações de direito derivado para liberalização de setores específicos do comércio de serviços, será criado um regime especial para esses dois estados partes economicamente desfavorecidos. Assim, será concedida à Bolívia¹⁷⁶ no Art. 7 da Decisão nº 634 a possibilidade de solicitar à Comissão da Comunidade Andina um tratamento preferencial para determinados setores, para os quais seja considerado necessário, a fim de cumprir as obrigações de liberalização. Da mesma forma a Decisão nº 659 (“*Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o armonización normativa*”) prevê também no seu Art. 8 a determinação que “quanto a prazos e exceções temporais no cumprimento de suas obrigações” deve ser considerada a especial situação da Bolívia¹⁷⁷.

4.3.3. Liberalização do Comércio de Serviços na Comunidade Andina e GATS

O “acquis andino sobre serviços” não foi notificado à OMC como determina o Art. V do GATS. O processo andino de liberalização do comércio foi somente notificado à OMC no caso do comércio de bens¹⁷⁸. Não consta, no entanto, nos documentos oficiais da Secretaria Geral da Comunidade Andina uma razão para tal fato.

O MERCOSUL, por outro lado, notificou a OMC do seu “Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços” (1997)¹⁷⁹.

5. Considerações Finais

Ao contrário da relativamente freqüente manifestação literária referente à perguntas sobre a liberalização do comércio de bens, baseado no Art. XXIV do GATT, as mesmas são raras quando em relação à liberalização do comércio de serviços. E estas, em geral, advêm de cientistas políticos¹⁸⁰ ou economistas nacionais¹⁸¹, que transmitem um conhecimento geral do funcionamento econômico-político das zonas de integração regional em comércio de serviços, mas não podem finalmente solucionar o problema jurídico relativo a este.

Os fundamentos jurídicos para zonas de integração regional no

¹⁷⁶ Curiosamente o Equador não foi mencionado nesta regra.

¹⁷⁷ Curiosamente o Equador não foi mencionado nesta regra.

¹⁷⁸ SECRETARIA GENERAL de la CAN (Nota 47), p. 19.

¹⁷⁹ Ver para tanto o mencionado na exposição do Capítulo 4.2.5.

¹⁸⁰ Ver para tanto por exemplo a contribuições de STEPHENSON (Nota 1, Nota 54, Nota 55, Nota 186).

¹⁸¹ Ver para tanto por exemplo a contribuições de FINK (Notas 6, 14 y 35).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

comércio de bens são: Art. XXIV do GATT, “waiver” e Art. XXV parágrafo 5 do GATT e “Cláusula de Habilitação”; e no comércio de serviços são: Art. V GATS.

As tabelas seguintes devem servir para ilustrar a diferença dos fundamentos jurídicos (Art. XXIV GATT e Art. V GATS), ou seja, requisitos ou configurações quanto ao conteúdo das respectivas zonas de integração regionais em comércio de bens e de serviços.

Requisitos para a formação e configuração de zonas de integração regional na OMC

Tabela 1. Fundamentos		
Denominação	Zonas de preferência regionais	Acordos de Integração Econômica (EIA)
<i>Formas de ordem política</i>	União Aduaneira, Zona de Livre Comércio e “interim agreements”	_____
Normas Materiais		
<i>Critérios Internos</i>	Regime de Liberalização deve estender-se a “ <i>substantially all the trade</i> ” (Art. XXIV parágrafo 8 alínea “a” “i” e alínea “b” do GATT) Regime de Liberalização de prever a eliminação de “ <i>duties and other restrictive regulations of commerce</i> ” (Art. XXIV parágrafo 8 alínea “a” “i” e alínea “b” do GATT)	EIAs deve dispor uma “ <i>substantial sectoral coverage</i> ” (Art. V parágrafo 1 alínea “a” do GATS) EIAs devem prever “ <i>the absence or elimination of substantially all discrimination</i> ” (Art. V parágrafo 1 alínea “a” do GATS)
<i>Critério Externos</i>	Finalidade de Zonas de Livre Comércio e Uniões Aduaneiras “ <i>should be to facilitate trade between the constituent territories and not to raise barriers to the trade of other contracting parties</i> ” (Art. XXIV parágrafo 4 do GATT)	EIAs “ <i>shall not in respect of any member outside the agreement raise the overall level of barriers to trade in services</i> ” (Art. V parágrafo 4 do GATS)
<i>Regras de Origem</i>	Necessário no GATT para zonas de livre comércio a fim de evitar o efeito de “ <i>trade-diverting</i> ”; <i>WTO Agreement on rules of origin</i> (Anexo 1A do Acordo pelo qual se estabelece a OMC) rege somente para regimes não preferenciais	Prestação de serviços por filiais de empresas de terceiros estados da OMC, que no âmbito de um EIA fomentam uma “ <i>substantiv business operation</i> ” (Art. V parágrafo 6 do GATS)

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Regras Processuais		
<i>Notificação</i>	Cada membro do acordo “shall promptly notify” a zona de integração regional concebida ao Council for Trade in Goods (CTG), Art. XXIV (parágrafo 7 alínea “a” do GATT, Cifra 7 do “Understanding on the Interpretation of Art. XXIV GATT”)	Membros do acordo EIA “shall promptly notify such an agreement, any enlargement or any significant modification to the Council for Trade in Services” (Art. V parágrafo 7 alínea “a” do GATS)
<i>Exame</i>	CTG deve transmitir o acordo para exame ao “Committee on Regional Trade Agreements” (CRTA), que envia um informe desse exame ao CTG (parágrafo 7 alínea “a”, “b” do GATT, Cifra 7 do “Understandings on the Interpretation of Art. XXIV GATT” (Art. 1 alínea “a” WT/L/127) ¹⁸²	CTS pode transmitir o EIA para exame ao “Committee on Regional Trade Agreements” (CRTA) que envia um informe desse exame ao CTS (Art. V parágrafo 7 alínea “a” GATS, Art. 1 alínea “a” WT/L/127)
<i>Recomendações</i>	Com base no informe do CRTA do CTG “may make recommendations to the parties as it deems appropriate” (Cifra 7 do “Understanding on the Interpretation of Art. XXIV GATT”)	Com base no informe do CRTA “the Council (of Trade in Services) may make recommendations to the parties as it deems appropriate” (Art. V parágrafo 7 alínea “c” do GATS)
<i>Condições Especiais para “interim agreements”</i>	“Member parties to an interim agreement shall notify substantial changes in the plan and schedule [...] to the Council for Trade in Goods” (Cifra 9 do “Understanding on the Interpretation of Art. XXIV GATT”)	“Members which are parties to any agreement [...] which is implemented on the basis of a time-frame shall report periodically to the Council for Trade in Services” (Art. V parágrafo 7 alínea “b” do GATS)

A presente análise trouxe numa série de interessantes resultados que tinham sido ainda pouco analisados pela literatura latino-americana e, desta forma, era também desconhecido pelos leitores europeus. Em especial, a circunstância de que já no acordo de constituição das zonas de integração regional do MERCOSUL (1991) e da Comunidade Andina (1987)¹⁸³ -paralelamente à liberalização do comércio de bens- foi pensado numa liberalização do comércio de serviços e prestação de serviços. A execução desta foi iniciada logo depois da constituição das duas zonas de integração -no MERCOS-

¹⁸² Ver WT/L/127 (Nota 18).

¹⁸³ Não obstante no Pacto Andino (1969) alguns (sub-)setores do comércio de serviços selecionados já eram liberalizados (serviços de transporte na maioria meios de transporte).

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

SUL passaram-se somente seis anos (1991-1997) e na Comunidade Andina onze (1987-1998).

Levando em consideração também o “Acordo-Mãe” regional dessas duas zonas de integração sub-regional -no caso o Tratado de Montevideu (1980), que institucionalizou a ALADI, e que deve ser compatível com as duas zonas sub-regionais do MERCOSUL e Comunidade Andina- deve-se então constatar que já desde sua constituição os estados partes, baseados na autorização dos Art. 13 e 14 do Tratado de Montevideu (1980), firmaram acordos para a liberalização do comércio de serviços. Mediante a Resolução n.º 54 do Comitê dos Representantes Permanentes da ALADI (1986) essas duas regras de autorização passaram a ser regras gerais para a celebração de Acordos de Alcance Parcial em matéria de serviços. Assim a liberalização do comércio de serviços ocorreu logo no início também no âmbito do “Contrato-Mãe” da ALADI, que se desenvolveu mais rapidamente, do que nos seus decorrentes acordos sub-regionais, do MERCOSUL e da ALADI.

Ao se comparar esse relativamente curto espaço de tempo nas zonas de integração regionais da ALADI e nas duas zonas de integração sub-regionais do MERCOSUL e da Comunidade Andina, todas compostas por estados membros menos desenvolvidos, com as zonas de integração entre estados altamente desenvolvidos, como por exemplo, a intra-governamental “*Associação Europeia de Livre Comércio*” (AELC), percebe-se então que esta última – depois de já ter o comércio de bens na sua “Zona de Livre Comércio” liberalizado na metade dos anos 60 do século passado -isso somente 40 anos (!)-depois, no ano de 2001, aproximam-se também a uma liberalização do comércio de serviços.

Os quatro Estados membros da AELC -Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça- completam o Tratado originário do EFTA de 4 de janeiro de 1960 através da “Versão Consolidada do Tratado de AELC” (Tratado de Vaduz) de 21 de junho de 2001¹⁸⁴, entre outros, no sentido de que esses no Art. 2 consolidam a liberalização progressiva do comércio de serviços como novo objetivo da AELC. O desenvolvimento desse objetivo resulta então no Capítulo X (Art. 29 - Art. 35) no Tratado de Vaduz (2001).

Mesmo a diferença entre as duas zonas de integração regional MERCOSUL e Comunidade Andina é ainda desconhecida na Europa. Ao contrário da Comunidade Andina que -reconhecendo o modelo

¹⁸⁴ Entrou em vigência em 1º de junho, notificou a OMC em 3 de dezembro de 2002 em conformidade com o Art. V parágrafo 7 alínea “a” do GATS; ver S/C/N/207.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

prevalecente na NAFTA- trabalha com o sistema de “listas negativas”, será no âmbito do MERCOSUL -única zona de integração latino-americana- utilizado o sistema de “listas positivas”. No mais a liberalização do comércio de serviços no MERCOSUL (inter-governamental) acontecerá através da celebração de acordos internacionais (protocolos) entre os estados membros, ao passo que esta é executada na Comunidade Andina (supra nacional) através da constituição de direito derivado -na forma de decisões da Comunidade Andina-.

Tanto no MERCOSUL como na Comunidade Andina as técnicas de “lista positiva” e “lista negativa” não se encontram em sua forma pura, mas sim numa forma modificada, distintiva. No MERCOSUL, isso se verifica pelo fato de que apesar da escolha pelo sistema de “listas positivas” -que de forma bastante consciente deixa a cada estado membro, segundo seu nível econômico de desenvolvimento, a tarefa de fazer consentimentos de liberalização pontuais e seletivos-, estabelece-se uma obrigação de liberalização completa do comércio de serviços num prazo de 10 anos através do “Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços” (1997). Um dos poucos autores, dos que trataram desse problema mais profundamente, vê no processo de liberalização do MERCOSUL contido, não tanto uma divergência do modelo típico ideal de uma “lista positiva”, mas muito mais uma “forma híbrida” no sentido de uma mistura de elementos da “lista negativa”¹⁸⁵.

Na Comunidade Andina, no entanto, repercute-se a divergência do modelo típico ideal da “lista negativa” no fato de que as restrições permitidas no comércio de serviços pelos respectivos estados membros, constantes no “inventário”, apesar de sucessivas, deverão ser eliminadas dentro de sete anos.

Regimes de Liberalização regionais e sub-regionais no comércio de serviços e prestação de serviços no Cone Sul

Tabela 2

	ALADI	MERCOSUL	Comunidade Andina
<i>Objetivo</i>	Estabelecer a longo prazo, de forma gradual e progressiva, um Mercado Comum Latino-Americano [Art 1 parágrafo 2 do Tratado de Montevideu (1980)]	Mercado Comum, por meio da inclusão do comércio de serviços [Art. 1 parágrafo 2 do Tratado de Assunção (1991)]	A formação gradual de um Mercado Comum Latino-Americano [Art. 1 do Acordo de Cartagena (1969)]

¹⁸⁵ Ver para tanto a exposição de STEPHENSON no Capítulo 2.2.3.2.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

	ALADI	MERCOSUL	Comunidade Andina
<i>Base jurídica</i>	Autorização de direito primário para celebração de acordos de liberalização entre os estados membros, Art. 13 e 14 do Tratado de Montevideu (1980)	Menção somente quanto ao objetivo no Art. 1 parágrafo 2, mas sem autorização explícita para legislar	Empregar programas no campo de serviços e a liberalização do comércio intra-sub-regional de serviços [Art. 3 alínea “h” do Acordo de Cartagena 1969]], aprovação de um “Marco Geral” de princípios e normas para lograr a liberalização do comércio intra-sub-regional dos serviços pela Comissão [Art. 79 e 80 do Acordo de Cartagena (1969)]
<i>Tipo de Fonte Jurídica</i>	Direito Derivado (Resolução n.º 2 do Conselho de Ministros de Relações Exteriores; Resolução n.º 54 do Comitê de Representantes). Com base nessa norma de direito derivado de “Acordos de Alcance Parcial” (AAP)	Acordos Internacionais [Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços (1997)]	Direito Derivado (Decisões da Comissão: n.º 439, n.º 510, n.º 629, n.º 634, n.º 659)
<i>Técnica de Liberalização</i>	“Listas Negativas” (em todos os AAP)	“Listas Positivas” (de forma modificada)	“Listas Negativas” (de forma modificada)
<i>Prazo</i>	indefinido	Dez anos desde a entrada em vigência do Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços (1997), recentemente em dezembro de 2005 – quer dizer em dezembro de 2015.	Primeiro 2006, logo prorrogado pelas decisões n.º 629 e 634 para 15 de novembro de 2006.

Se tentar finalmente uma consideração recíproca do grau de liberalização alcançado no comércio de serviços nas duas zonas de integração sub-regional com diferentes técnicas, utilizando-se dos critérios oferecidos para tanto pela literatura, obtém-se o seguinte quadro. Em geral, pode-se distinguir *três objetivos* essenciais comuns a todos os acordos de liberalização de serviços que, por sua vez, são vitais para a informação e gestão empresarial dos prestadores de serviços dos respectivos membros. Os objetivos são os seguintes: (a) *o Grau de Transparência*, (b) *o Grau de Estabilidade* e (c) *o Grau da Liberalização do Comércio de Serviços*¹⁸⁶.

¹⁸⁶ STEPHENSON, S. M., “A liberalização dos serviços nos acordos regionais pode ultrapassar a liberalização multilateral do GATS?”, em Revista Brasileira de Comércio Exterior/Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior, ano 15, N° 73, outubro-dezembro 2002, p. 54 ss.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

No caso do *MERCOSUL*, bem como da *Comunidade Andina* (CAN), pode-se fazer as seguintes afirmações a respeito:¹⁸⁷ ao nível de MERCOSUR o grau de transparência atual é médio/baixo, no caso da CAN o grau de transparência é médio. O grau de estabilidade no âmbito do MERCOSUL é alto, bem como na CAN. O grau de liberalização do comércio de serviços no âmbito do MERCOSUL é médio, da mesma forma no âmbito da CAN.

Segundo outra fonte, tanto pela modalidade de liberalização (“listas negativas” na Comunidade Andina *versus* o modelo do GATS de “listas positivas” adotado pelo MERCOSUL), como a data de início da liberalização e seus resultados, pode-se afirmar que o grau de avanço alcançado na Comunidade Andina é substancialmente maior. Os países do MERCOSUL seguem a estratégia de consolidar no nível regional praticamente o mesmo que no nível multilateral, processo levado adiante dentro da premissa de consolidar menos que o *status quo* atual¹⁸⁸.

De modo geral pode-se dizer em relação à tensão entre a liberalização universal e regional ou sub-regional do comércio de serviços que, também na América Latina -cujos processos de integração são marcados por um pragmático modelo “*stop-and-go*”, foi alcançado, no nível regional e sub-regional, um grau de integração mais alto do que no âmbito universal, tanto que pode-se falar de uma liberalização “GATS+”.

¹⁸⁷ ALADI/SEC/Estudio 174 (Nota 56) p. 23s.; 24 ss.

¹⁸⁸ VAILLANT, M., “Convergencias y divergencias en la Integración Sudamericana”, CEPAL/División de Comercio Internacional e Integración, Serie Comercio Internacional, N° 83, agosto de 2007, p.12 s.

CAPÍTULO VI

O PRIMADO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: DO ACÓRDÃO COSTA C/ ENEL AO TRATADO DE LISBOA

***(THE SUPREMACY OF THE LAW OF THE EUROPEAN UNION:
FROM THE SENTENCE COSTA V. ENEL TO THE TREATY OF
LISBON)***

Francisco Paes Marques

RESUMEN:

El presente artículo, en primer lugar, hace un análisis retrospectivo de la doctrina de la supremacía de la Unión Europea desarrollada por el Tribunal de Justicia Europeo. Luego, evalúa el impacto de su aparición en los sucesivos tratados. Nuestro argumento es que la aparición en los tratados no significa que el principio haya adquirido existencia efectiva, atento a que no existe un poder constitucional europeo. Su “consagración” tiene valor simbólico en el proceso de integración europeo e intenta fortalecer la dimensión supranacional del principio.

PALABRAS-CLAVE:

Primacía - Poder Constituyente - Cortes Nacionales - Competencia-Competencia - Tratado de Lisboa.

ABSTRACT:

This article makes, in first place, a retrospective analysis of the supremacy doctrine of European Union Law developed by the European Court of Justice. Afterwards, it evaluates the impact of its appearance in the forthcoming Treaties. We argue that its appearance in the Treaties does not mean that this principle acquires an effective existence, because a

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

European constituent power does not exist. Its “consecration” has a symbolic value in the process of European integration and intends to strengthen the supranational dimension of this principle.

KEY WORDS:

Primacy - Constituent power - National courts - Competence-competence - Lisbon Treaty.

SUMARIO: *I-Objecto do estudo. II- A construção jurisprudencial do primado. III- As reacções das jurisdições nacionais. IV- A consagração jurídico-positiva do primado. V- O Tratado de Lisboa e o Primado*¹.

I. Objecto do estudo

1. O presente estudo pretende fazer uma análise do princípio do primado do Direito da União Europeia, isto é da sua natureza, conteúdo e importância no âmbito da construção da ordem jurídica europeia, particularmente à luz dos mais recentes etapas que têm marcado o processo de integração política europeia, cujo desígnio último reside na revisão ou substituição dos actuais Tratados, visando conferir à União um novo fôlego em face dos desafios da modernidade e do alargamento. Neste contexto, um exame cuidadoso deste princípio constitui um ângulo de análise privilegiado, pois sendo o primado um pilar essencial do processo de constitucionalização encetado pelo TJCE- que assenta numa “concepção do direito comunitário como uma ordem jurídica autónoma, auto-suficiente, e regulada por princípios de natureza constitucional como a protecção dos direitos fundamentais, a separação de poderes e a noção de uma comunidade de direito”² a sua adequada compreensão possibilitará, correlativamente, num período de delicada transição, determinar a natureza,

¹ ABREVIATURAS: AS-Análise Social; CDE-Cahiers de Droit Européen; CMLR-Common Market Law Review; DUE-II Diritto de l'Unione Europea; DVBl-Deutsches Verwaltungsblatt; EUR-Europarecht; ELR-European Law Review; JCMS-Journal of Common Market Studies; JZ-Juristenzeitung; OD-O Direito ; RDPS-Revue de Droit Publique et de la Science Politique; RFDA-Revue française de Droit Administratif ;RFDUL-Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; RIDPC-Rivista italiana di Diritto Pubbico Comunitario; RGDIP-Revue Général de Droit International Publique; RLJ-Revista de legislação e jurisprudência; RMCUE-Revue du Marché Commun et de l'Union Européen; RTDE-Revue Trimestrielle de droit Européen; RTDP-Rivista trimestrale di Diritto Pubbico.

² MIGUEL POIARES MADURO, “A Crise Existencial da Constituição Europeia”, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Working Papers, 1999, pag 3.

o modelo ou a arquitectura que irá assumir no futuro a União Europeia. Consequentemente, vamos, em primeiro lugar, retrospectivamente, fazer referência ao processo de concepção deste princípio- cuja autoria foi assumida pelo TJCE, e às correspondentes reacções que suscitou- por parte das jurisdições nacionais. Em seguida, após um excuroso sobre o fundamento do primado, debruçar-nos-emos sobre os recentes avanços e recuos acerca da consagração jurídico-positiva deste princípio nos Tratados.

II. A construção jurisprudencial do primado

2. O princípio do primado do Direito Comunitário não tinha, e ainda não tem, consagração expressa nos Tratados, tendo sido erigido como um dos pilares de um processo de constitucionalização, concebido pelos juizes do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias(TJCE), os quais arvoraram-se em *Founding Fathers*³ de uma nova ordem jurídica⁴. Segundo este princípio, em caso de conflito entre uma norma nacional- seja qual for o seu valor hierárquico- e uma norma comunitária, deve sempre prevalecer esta última⁵. Esta argumentação do

³ FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 1997, pag 25.

⁴ Neste sentido, cfr. THEODOR SCHILLING, "The Court of Justice's revolution: its effects and the conditions for its consummation. What Europe can learn from Fiji", *ELR*, 2002, pag 449, ao qualificar este processo de revolução, desencadeado pelo TJCE para justificar a incorporação e a subordinação das ordens jurídicas estaduais face à ordem jurídica europeia; PAUL CRAIG, "Constituzioni, Constitutionalismo e L'Unione Europea", *RIDPC*, 2002, pag 363 e segs; MIGUEL POIARES MADURO, "A Crise...cit, pag 4, referindo que desta concepção resulta a afirmação de uma autoridade legitimadora situada no próprio seio do ordenamento jurídico comunitário, com capacidade para determinar as fronteiras com outros ordenamentos jurídicos; JEAN-CLAUDE PIRIS, "L'Union Européenne a-t-elle une constitution?, Lui en faut-il une", *RTDE*, 1999, pag 632; J.L CRUZ VILAÇA/ N. PIÇARRA, "Y-a-t-il des limites materielles a la revision des Traités instituant les Communautés Européennes?", *CDE*, 1993, pag 12; ERIC STEIN, "Lawyers, judges, and the making of a transnational Constitution", *AJIL*, 1981, pag 28 JOSEPH WEILER, "The Community system: the dual character of supranationalism", *YEL*, 1981, pag 275.

⁵ Caso COSTA c. ENEL, proc 6/64, de 15 de Julho de 1964, col 1964, pag 1160. O TJCE veio, posteriormente, aperfeiçoando esta teoria do primado em acórdãos subsequentes. No caso INTERNATIONALE HANDELS-GESELLSCHAFT, proc 11/70, de 17 de Dezembro de 1970, col de 1970, pag 1135, afirmou o Tribunal das Comunidades que uma eventual violação de direitos fundamentais consagrados nas Constituições

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

TJCE baseia-se, essencialmente, em dois vectores de diferente natureza: um de natureza funcional e outro de ordem substancial⁶.

3. Em primeiro lugar, este órgão recorre a uma linha argumentativa de cariz funcional, afirmando que se os Estados puderem adoptar unilateralmente medidas contrárias aos Tratados, a ordem jurídica por estes criada estará irremediavelmente condenada ao fracasso, atentando-se contra um princípio infra-estrutural da ordem jurídica europeia, que se consubstancia na necessidade do Direito Comunitário ser interpretado e aplicado de forma idêntica em todos Estados-Membros da União Europeia. Em segundo lugar, numa linha argumentativa de natureza substancial, o Tribunal Comunitário afirma a plena independência, e conseqüente superioridade, da ordem jurídica comunitária relativamente às ordens jurídicas estaduais. Esta autonomia resultaria, segundo o TJCE, da transferência irreversível de poderes soberanos que os Estados realizaram a favor de uma entidade dotada de características específicas e originais. A fonte de legitimidade da ordem jurídica comunitária teria, deste modo, uma origem interna, pois esta seria uma entidade construída a partir das parcelas de soberania cedidas a título definitivo pelos Estados que a compõem. No entanto, o TJCE não se limitou a afirmar a existência de uma fonte interna, e necessariamente indirecta, da qual poderiam brotar os poderes da União, pois parece este Tribunal descobrir também uma fonte externa aos próprios Estados-Membros, da qual as Comunidades Europeias retirariam uma legitimidade originária, podendo aqui vislumbrar-se uma primeira afirmação jurisprudencial de um verdadeiro poder constituinte europeu. De facto, ao afirmar que as Comunidades são uma entidade não só de Estados mas também de cidadãos, o TJCE desloca a sua atenção para aqueles sujeitos que são os titulares últimos do poder político, e que podem fornecer uma legitimidade susceptível de permitir a esta entidade supranacional exercer uma supremacia absoluta sobre os Direitos estaduais.

nacionais não afectará a validade de um acto comunitário. De extrema importância revestiu-se, também o caso SIMMENTHAL, proc 106/77, de 9 de Março de 1978, col de 1978, pag 643, no qual o TJCE declarou a obrigatoriedade para qualquer juiz nacional de deixar inaplicada toda a disposição da lei nacional que contrarie o Direito Comunitário, quer aquela seja anterior ou posterior.

⁶ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado do Direito da União Europeia: fundamento e limites”, in ANA MARIA GUERRA MARTINS (coord), *Constitucionalismo Europeu em Crise- Estudos sobre a Constituição Europeia*, AAFDL, Lisboa, 2006, pag 168 e segs.

III. As reacções das jurisdições nacionais

4. O Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), constituiu-se, desde há muito, como o principal opositor à política pró-federal empreendida pelo TJCE⁷. Foi no acórdão *Solange I*, em 1974, que este Tribunal introduziu pela primeira vez uma restrição à plena efectividade do Direito Comunitário em solo alemão. Declarou o *Bundesverfassungsgericht* que, enquanto o sistema jurídico comunitário não possuisse um catálogo de direitos fundamentais adequado ao catálogo já existente na Constituição alemã, deveriam todos os tribunais alemães recusar a aplicação de qualquer acto de Direito Comunitário que colidisse com direitos fundamentais reconhecidos pela *Grundgesetz*⁸. O Tribunal Constitu-

⁷ Sobre o debate jurídico-constitucional sobre a integração europeia na Alemanha, cfr. HANS PETER IPSEN, “Europäische Verfassung- Nationale Verfassung”, *EUR*, 1987, pag 195 e segs; CHRISTIAN TOMUSCHAT, “Les rapports entre le Droit Communautaire et le Droit Interne Allemand dans la jurisprudence recente da la Cour Constitutionnelle Allemande”, *CDE*, 1989, pag 163 e segs; RÜDIGER STOTZ, “La primauté du Droit Communautaire en Allemagne”, *RFDA*, 1990, pag 957 e segs; ULRICH EVERLING, “Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes”, *DVBl*, 1993, pag 936 e segs; FRITZ OSSENBÜHL, Maastricht und das Grundgesetz-eine verfassungsrechtliche Wende?”, *DVBl*, 1993, pag 629 e segs; K.A SCHACHTSCHNEIDER/A. EMMERICH-FRITSCHKE/T.C.W. BEYER, “Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz”, *JZ*, 1993, pag 751 e segs; C.KIRCHNER/J.HAAS, “Rechtliche Grenzen für Kompetenzübertragungen auf die Europäische Gemeinschaft”, *JZ*, 1993, pag 760 e segs; MANFRED ZULEEG, “The European Constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario”. cit, pag 19 e segs; INGOLF PERNICE, “Les Bananes et les Droits Fondamentaux: La Cour Constitutionnelle Allemande fait le point”, *CDE*, 2001, pag 427 e segs.

⁸ Decisão do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 29 de Maio de 1974(Solangel), “Solange der Integrationprozess der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, dass das Gemeinschaft auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art 177 EWGV geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland na das Bundesverfassungsgericht im Normkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegeben Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

cional alemão inflectiu, contudo, em 1986, a sua anterior posição, ao proclamar no acórdão *Solange II* que, garantido o Direito Comunitário uma efectiva protecção dos direitos fundamentais, e sendo esta protecção equivalente à conferida pela Constituição alemã, não mais será justificável que os tribunais nacionais possam apreciar os actos comunitários utilizando as respectivas Constituições nacionais como parâmetro fiscalizador⁹.

No entanto, a mais séria ameaça à supremacia do Direito Comunitário, tal como esta foi formulada pelo TJCE, proveio do célebre acórdão Maastricht, no qual o Tribunal Constitucional alemão aproveitou para realizar uma longa dissertação sobre os fundamentos e limites da integração europeia¹⁰. Chama a atenção o *Bundesverfassungsgericht* que a Alemanha é um dos senhores dos Tratados (*Herren der Verträge*), e que pode, portanto, através de um acto de sentido contrário, decidir retirar-se da organização fundada por esse mesmo Tratado, preservando, assim, o Estado alemão, a sua qualidade de Estado soberano. Advertiu este Tribunal que, não tendo a Comunidade uma legitimidade própria, face à inexistência de um povo europeu, o exercício de direitos soberanos por parte da Comunidade apenas pode ocorrer na medida em que estes tenham sido atribuídos pelos Estados de uma forma definida e limitada.

Mais recentemente, na decisão Bananas, o *Bundesverfassungsgericht* declarou que a fiscalização, por parte das jurisdições nacionais, da desconformidade de um acto comunitário com os

Kollidiert”, in MARIA LUÍSA DUARTE/PEDRO DELGADO ALVES, *União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-Membros*, AAFDL, Lisboa, 2006, pag 21 e segs.

⁹ Decisão do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 22 de Outubro de 1986 (*Solange II*), in MARIA LUÍSA DUARTE/PEDRO DELGADO ALVES, *União Europeia...cit*, pag 67 e segs.

¹⁰ Sobre o acórdão Maastricht, cfr. especialmente, J.H.H. WEILER, “The State “über alles”: Demos, Telos and the German Maastricht Decision”, <http://jeanmonnetprogram.org>, 1995, pag 1 e segs; JOCHEN ABR. FROWEIN, “Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *ZAÖV*, 1994, pag 1 e segs; ULRICH EVERLING, “The Maastricht judgement and the German Federal Constitutional Court”, *YEL*, 1994, pag 1 e segs; MATHIAS HERDEGEN, “Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an ever closer Union”, *CMLR*, 1994, pag 235 e segs; HUGO HAHN, “La Cour Constitutionnelle Fédérale d’Allemagne et le Traité de Maastricht”, *RGDIP*, 1994, pag 107 e segs; TORSTEN STEIN, “La sentencia del Tribunal Constitucional Aleman sobre el Tratado de Maastricht”, *RIE*, 1994, pag 745 e segs.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

direitos fundamentais, apenas se justificará quando a ordem jurídica comunitária não seja capaz de garantir, nestes casos, um nível de protecção adequado¹¹. Este acórdão vem introduzir um certo apaziguamento das tensões existentes entre o TJCE e o Tribunal de Karlsruhe, muito embora não possa afirmar-se que as perturbações criadas, neste domínio, pela decisão Maastricht, tenham ficado definitivamente resolvidas¹².

5. Já o Tribunal Constitucional italiano, não obstante ter reconhecido o primado e a aplicabilidade directa do Direito Comunitário¹³, afirmou no acórdão *Frontini* que tal limitação de soberania a favor das Comunidades decorria do art 11.º da Constituição italiana¹⁴. Da mesma forma, no caso *Granital*, a *Corte Costituzionale* voltou a destacar que a lei que aprova o Tratado na ordem interna pode ser objecto de controlo por parte do Tribunal, na medida em que tal Convenção internacional implique uma violação de direitos fundamentais e de princípios elementares da Constituição italiana¹⁵. A *Corte Costituzionale* reserva-se no direito de, não apenas, fiscalizar os conflitos que possam surgir entre o Direito Comunitário e o Direito Constitucional italiano, mas também de averiguar se as leis nacionais violam o sistema de competências previsto nos Tratados, visto considerar que esse sistema retira a sua legitimidade da própria Constituição italiana¹⁶.

6. A jurisprudência constitucional francesa tinha assumido, neste

¹¹ Decisão do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal de 7 de Junho de 2000(Bananas), in MARIA LUÍSA DUARTE/PEDRO DELGADO ALVES, *União Europeia...*cit, pag 131 e segs.

¹² Cfr. INGOLF PERNICE, “Les Bananes...”cit, pag 437.

¹³ Sobre a situação em Itália, cfr. GIUSEPPE SPERDUTI, “Sulle limitazioni di sovranità secondo l’articolo 11 della Costituzione”, *RTDP*, 1978, pag 473 e segs; GIORGIO GAJA, “Annotation, Constitutional Court-Granital”, *CMLR*, 1984, pag 756 e segs; AMI BARAV, “Cour Constitutionnelle italienne et Droit Communautaire: le fantôme Simmenthal”, *RTDE*. 1985, pag 313 e segs; RAFFAELE MAURO PETRICCIONE, “Supremacy of Community Law over National Law”, *ELR*, 1986, pag 320 e segs; MASSIMO LUCIANI, “La Constitution italienne et les obstacles à la integration européenne”, *RFDC*, 1992, pag 663; MARTA CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milão, 1995, *passim*.

¹⁴ Sentença n.º 183/1973, de 18 de Dezembro de 1973(Frontini), in MARIA LUÍSA DUARTE/PEDRO DELGADO ALVES, *União Europeia...*cit, pag 197 e segs.

¹⁵ Sentença n.º 170/1984 de 5 de Junho de 1984(Granital), in MARIA LUÍSA DUARTE/PEDRO DELGADO ALVES, *União Europeia...*cit, pag 211 e segs.

¹⁶ Assim, RAFFAELE MAURO PETRICCIONE, “Supremacy...”cit, pag 325.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

contexto, um menor protagonismo quando comparada com as jurisdições alemã e italiana¹⁷, muito embora o *Conseil Constitutionnel* não tivesse deixado de afirmar claramente, quando chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade do Tratado de Maastricht com a Constituição francesa, que a transferência de competências, a favor da Comunidade, não poderia pôr em causa as condições essenciais do exercício da soberania nacional¹⁸. Nos últimos anos, porém, a jurisprudência constitucional francesa adquiriu um surpreendente fôlego.

Declararam os juízes franceses, em três acórdãos proferidos no Verão de 2004, que a obrigação de transposição de directivas comunitárias, para a ordem jurídica francesa, decorre directamente da Constituição, muito embora essa exigência tenha como limite os casos em que ocorra uma violação expressa de uma disposição constitucional¹⁹. Assim sendo, segundo certa doutrina, o *Conseil Constitutionnel* assegura a supremacia última da Constituição e o seu estatuto de guardião da Lei Fundamental²⁰.

Por último, deve ainda fazer-se referência aos acórdãos surgidos a propósito do mandato de detenção europeu, designadamente a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional polaco, que considerou inconstitucionais as normas do Código de Processo Penal que

¹⁷ Sobre esta questão em França, cfr.; CLAUDE BLUMANN, “La ratification par la France du Traité de Maastricht”, *RMCUE*, 1994, pag 393; LOUIS FAVOREAU, “Le Controle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le developpement du Droit Constitutionnel international”, *RGDIP*, 1993, pag 39 e seg. JEAN PAUL JACQUÉ, “Commentaire de la décision du Conseil Constitutionnel n°12-308 DC du 9 de Avril 1992”, *RTDE*, 1992, pag 251; BRUNO GENEVOIS, “Le Traité sur l’Union Européenne et la Constitution révisée”, *RFDA*, 1992, pag 937; FRANÇOIS LUCHAIRE, “L’Union Européenne et la Constitution”, *RDSP*, 1992, pag 589 e segs; BASTIEN FRANÇOIS, “Maastricht, la Constitution et la politique”, *RFDC*, 1992, pag 469; PHILIPPE MANIN, “The *Nicolo* Case of the Conseil d’État: French Constitutional Law and the Supreme Administrative Court’s acceptance of the primacy of Community Law over national statute Law”, *CMLR*, 1991, pag 499 e segs.

¹⁸ Decisões n° 92-308 de 9 de Abril de 1992; n° 92-312 de 2 de Setembro de 1992; n° 92-313 de 23 de Setembro de 1992, sobre o Tratado de Maastricht, in MARIA LUÍSA DUARTE/PEDRO DELGADO ALVES, *União Europeia...cit*, pag 419 e segs.

¹⁹ Decisões n° 2004-496 DC de 10 de Junho de 2004; n° 2004-497 DC de 1 de Julho de 2004; n° 2004-498 DC de 29 de Julho de 2004, in MARIA LUÍSA DUARTE/PEDRO DELGADO ALVES, *União Europeia...cit*, pag 171 e segs.

²⁰ Cfr. CLAUDINA RICHARDS, “The Supremacy of Community Law before the French Constitutional Court”, *ELR*, 2006, pag 517.

procederam à transposição da decisão quadro sobre essa matéria, bem como a decisão do *Bundesverfassungsgericht*, que declarou a inconstitucionalidade da lei que transpunha a mesma decisão, com fundamento na limitação desproporcionada da proibição de extradição e na violação do direito de acesso à justiça²¹.

III. O Fundamento do Primado

7. Através da análise da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais nacionais é possível verificar um nítido contraste entre o enquadramento jurídico-constitucional conferido, a nível interno, ao processo de integração europeia, e as teses de natureza federal, defendidas pelo TJCE no domínio do sistema jurídico comunitário. É certo que a cautela evidenciada pelos Tribunais nacionais, que nunca ousaram declarar um acto comunitário inválido, e o reconhecimento da competência do TJCE, na grande maioria dos casos em que possa ser suscitada a invalidade de actos comunitários, evidenciam que os argumentos de ordem funcional invocados pelo TJCE encontram acolhimento junto das jurisdições nacionais, imperando, portanto, nas relações entre estes órgãos, aquilo a que já se chamou de “guerra fria”²². Porém essa argumentação mostra-se manifestamente insuficiente para sustentar, só por si, uma supremacia absoluta da ordem jurídica comunitária, pois essa prevalência, nos moldes em que foi exposta, terá de possuir uma ancoragem material. Ora, os argumentos de natureza substancial esgrimidos por este Tribunal encontram uma clara e insanável

²¹ Decisão do Tribunal Constitucional Polaco de 27 de Abril de 2005 e Decisão do Segundo Senado de 18 de Julho de 2005, in MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia...*cit, pag 523 e segs e 609 e segs.

²² J.J. WEILER, “The Reformation of European Constitutionalism”, *JCMS*, 1997, pag 125, defendendo que o Tribunal Constitucional alemão parece mais disposto em ameaçar, do que em, efectivamente, declarar um acto comunitário inválido, pois tal situação poderia induzir outros tribunais a fazer o mesmo, provocando uma crise constitucional na Comunidade. Por seu turno, o TJCE terá que estar atento às movimentações do *Bundesverfassungsgericht*, para tentar antecipar-se a qualquer acção levada a cabo, neste domínio, por este Tribunal. Na tentativa de superar possíveis conflitos propõe WEILER a criação de um Conselho Constitucional composto por juizes dos Tribunais Constitucionais nacionais, e presidido pelo presidente do TJCE. Este conselho certificar-se-ia, segundo o autor, se a Comunidade não teria ultrapassado a esfera da sua competência depois de cada acto ser adoptado mas antes de entrar em vigor. TREVOR HARTLEY, *Constitutional Problems of the European Union*, Hart, Oxford, 1999, pag 162, apesar de considerar a

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

oposição na doutrina defendida pelos Tribunais estaduais, os quais proclamam a existência de um núcleo irreduzível de soberania estadual. O problema de saber se o Direito Comunitário prevalece sobre o Direito Constitucional dos Estados-Membros passará, na nossa opinião, pela resposta às duas proposições que sintetizam a argumentação de natureza substancial invocada pelo TJCE (quer de origem interna, quer de origem externa) nos seus propósitos de proclamação da plena independência do sistema jurídico comunitário relativamente às ordens jurídicas estaduais. Haverá, assim, que demonstrar:

-os Estados-Membros que compõem a União Europeia realizaram a favor desta uma transferência de poderes soberanos de carácter irreversível;

-a União Europeia dispõe de uma legitimidade própria e originária, pois os Tratados conferem não só direitos aos Estados mas também aos seus cidadãos.

Quanto à primeira proposição, ela implica, necessariamente, que uma transferência de poderes irreversível, onde se inclua a atribuição de um valor supraconstitucional ao Direito da União, tenha que ser realizada à margem da Constituição, pois tal concessão seria contrária à “ideia do texto constitucional como parâmetro absolutamente imperativo e omnicompreensivo das normas jurídicas que vigoram na ordem interna”²³.

Todavia, nem num plano jurídico, através uma análise da Lei Fundamental, nem tão pouco num plano fáctico, através da observância dos fenómenos políticos, históricos e sociais ligados à integração europeia, pode afirmar-se a ocorrência de uma transferência de tal natureza. Pelo contrário, as sucessivas revisões constitucionais, realizadas aquando da ratificação de um novo Tratado, traduzem uma vontade política de adequação da Lei

proposta de WEILER interessante, pensa que ela é demasiado limitada. Salieta HARTLEY que até à aplicação do acto e à sua interpretação pelo TJCE, será impossível determinar se a Comunidade excedeu as suas competências, para além de que será também importante averiguar se o TJCE criou princípios jurídicos que excedem os poderes atribuídos à Comunidade. Concomitantemente, este Conselho deveria poder apreciar actos comunitários já depois de estes estarem em vigor, devendo ainda ser um Tribunal de recurso das decisões do TJCE, não podendo, assim, integrar nenhum membro daquele Tribunal.

²³ Cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição- Notas de uma reflexão crítica”, *Estudos em Memória do Professor João de Castro Mendes, Lex*, Lisboa, 1995, pag 694 e segs.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Fundamental aos renovados desígnios a empreender pela União Europeia. Quanto à segunda asserção, a grande interrogação que nela se encontra subjacente consiste em saber se emergiu um verdadeiro poder constituinte europeu que tenha feito com que as normas constitucionais estaduais desconformes hajam sido revogadas. Por outras palavras, só um poder constituinte europeu poderá justificar que o primado seja “um atributo próprio do Direito Comunitário, um reflexo necessário da sua natureza específica e original, e não uma concessão do Direito estadual, nomeadamente do seu Direito Constitucional”²⁴. A emergência de um poder constituinte europeu terá que ser o único fundamento idóneo e apto a sustentar a supremacia absoluta do Direito da União Europeia sobre as Constituições estaduais²⁵. A plena afirmação de um tal poder irá incidir decisivamente nas respostas a algumas das questões chave que têm animado o debate jurídico-constitucional europeu, uma vez que a erupção de um poder constituinte europeu fará da União Europeia um ente plenamente soberano e, conseqüentemente, com capacidade para autodefinir a natureza e os limites das suas competências.

²⁴Defendendo esta ideia, cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ªed, Almedina, Coimbra, 1993, pag 128.

²⁵ Assim, lapidarmente, cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constituional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pag 41, “no caso de se admitir o carácter constitucional do presente ordenamento comunitário bem como a sua supremacia sobre as Constituições dos Estados-Membros, haveria que reconhecer o nascimento de um novo poder constituinte europeu e a existência de limites ao poder constituinte dos mesmos Estados. Deixaria, pois, de se poder qualificar o poder constituinte autónomo dos Estados federados”. Procurando auxílio nas palavras de VLAD CONSTANTINESCO, “Europe fédérale ou fédération d’États-nations?”, in R.DEHOUSSE (dir), *Une Constitution pour l’Europe*, Presses de la Fondation Nationales de Sciences Politiques, Paris, 2002, pag 125, “a soberania situar-se-á no centro e não na periferia”. A emergência de um poder constituinte europeu possibilitaria responder à questão decisiva, que é, segundo LUIS MARIA DÍEZ PICASSO, “Les pièges de la souveraineté”, in R.DEHOUSSE (dir), *Une Constitution pour L’Europe*, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, Paris, 2002, pag 44, saber se os Estados ainda são senhores dos Tratados. Em sentido aparentemente contrário, cfr. MIGUEL POIARES MADURO, “O superavit democrático europeu”, AS, 2001, pag 121, quando afirma que o discurso constitucional europeu deixa de ser exclusivamente dominado pela questão do controlo e legitimação de um novo centro de poder, passando a ter em conta o valor democrático acrescentado que o processo de integração europeia pode representar na reforma das comunidades políticas nacionais.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

8. Na resposta a esta questão, devemos começar por dizer que aceitamos, contrariamente aos postulados tradicionais da teoria da Constituição, que o poder constituinte não tenha, necessariamente, de emergir de uma ruptura com uma ordem constitucional até então vigente. Tal configuração não teria muito sentido em ser equacionada face ao processo de integração europeia, que é, por natureza, dinâmico, podendo, assim, a União vir a adquirir uma legitimidade progressiva ou de natureza evolutiva²⁶. Contudo, mesmo aceitando-se um tipo de poder constituinte não convencional, há um obstáculo incontornável na questão de saber se existe um poder constituinte europeu. A instituição de um poder político, principalmente desta magnitude, tem de possuir uma origem necessariamente democrática, pelo menos no quadro axiológico-cultural em que a União Europeia se insere. A pedra angular da presente questão terá de passar pela determinação da existência de um *demos*²⁷ europeu (povo)²⁸, uma vez que a democracia não existe num vácuo, pressupõe a presença de uma comunidade política composta por membros com afinidades entre si, e onde o discurso democrático possa ter lugar²⁹. A minoria

²⁶ Sugestivamente, JOSEF ISENSEE, “O Estado Constitucional Alemão na União Europeia”, *As Experiências Constitucionais numa Europa Unida*, Lisboa, pag 73, escreve que a Comunidade europeia vive do charme de não estar acabada.

²⁷ De acordo com o *Oxford Classical Dictionary*, 3ªed, Oxford University Press, 1996, pag 456, a palavra *demos* originariamente significa distrito, terra ou aldeia, evoluindo do local onde vive o povo para o significado de povo em si mesmo (*demo-kratia*-ou poder do povo), designando também o povo soberano.

²⁸ Segundo MATTIAS KUMM, “Who is the final arbitrator of constitutionality in Europe?: three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice”, *CMLR*, 1999, pag 367, a existência de um *demos* permite resolver três questões fundamentais: 1) se uma comunidade deve qualificar-se como um Estado; 2) se este Estado é soberano; 3) em caso de conflito, que ordem jurídica deve considerar-se suprema. De acordo com JOCHEN ABR. FROWEIN, “Die Verfassung der Europäischen Union aus der sicht der Mitgliedstaaten”, *EUR*, 1995, pag 323, esta questão dilemática é formulado por muitos da seguinte forma: não existe legitimidade democrática sem povo europeu, e sem povo europeu não existe o carácter estadual da União, logo não há Estado europeu sem um povo europeu.

Também para FAUSTO DE QUADROS, “Einige Gedanken zum Inhalt und zu den Werten der Europäischen Verfassung”, in BRENNER/HUBER/MÖSTL, *Der Staat des Grundgesetzes-Kontinuität und Wandel, Festschrift Badura*, Mohr, Tübingen, 2004, pag 1129, não existe poder constituinte europeu porque não existe povo europeu, o que impede, segundo o Autor, a União Europeia de ter uma Constituição em sentido formal.

²⁹ J.H.H. WEILER, “The Reformation...cit, pag 115.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

só aceita a legitimidade das decisões da maioria porque ambas pertencem ao mesmo *demos*, ao mesmo povo. Recorrendo novamente a um exemplo de WEILER, se dissessem aos dinamarqueses que eles não teriam motivos de preocupação, pois estariam plenamente representados no *Bundestag* alemão, os seus gritos de desespero seriam pungentes, não só porque como dinamarqueses estariam permanentemente condenados a serem uma minoria, mas porque a forma como a nacionalidade se relaciona com a democracia implica que a própria regra da maioria só é legítima no interior do mesmo *demos*, quando dinamarqueses governam dinamarqueses³⁰.

Sendo inquestionável que o titular do poder constituinte é, necessariamente, o povo, terá, no entanto, este de ser encarado como uma grandeza homogênea, possuindo uma língua, origem e cultura comuns³¹? Não estarão as nossas concepções demasiadamente arreigadas aos cânones sobre os quais foi forjada a teoria do Estado moderno? Segundo HABERMAS a ideia moderna de Nação pressupõe a existência de uma consciência nacional cristalizada sobre a noção de uma herança comum -língua e história- uma vez que só a consciência de pertença a um povo comum transformaria os indivíduos em cidadãos de uma única comunidade política na qual os seus membros poderiam sentir-se responsáveis entre si³². Só esta base cultural forneceria um sustentáculo adequado ao Estado Constitucional³³.

Na nossa opinião, a ausência de tais factores, embora não desprecienda, poderia ser ultrapassada através da criação, a nível

³⁰ J.H.H. WEILER, "The Reformation...cit, pag 116.

³¹ Respondendo de forma claramente negativa a esta questão JÜRGEN HABERMAS, "Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm" in *Die Einbeziehung des Anderen - Studien zur Politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. Main, 1996, pags. 189-90, que na célebre polémica que travou com DIETER GRIMM defende que a unificação dos cidadãos, opostamente à *Volksnation*, não é um substracto primordial, mas um contexto intersubjectivo partilhado que conduz a um entendimento mútuo. O entendimento ético-político dos cidadãos pode ser reproduzido comunicativamente sem que haja uma identidade colectiva anterior ao processo democrático. DIETER GRIMM, "Braucht Europa eine Verfassung, *JZ*, 1995, pag 590, defende também não ser necessário para a existência de um povo uma identidade étnica, mas uma identidade colectiva que gere uma solidariedade, em que a pertença a um dado conjunto possibilite as soluções da maioria.

³² JÜRGEN HABERMAS, "Der Europäische Nationalstaat - Zu Vergangenheit und Zukunft von Souveranität" in *Die Einbeziehung des Anderen - Studien zur Politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. Main, 1996, pags. 136/7.

³³ Assim, JÜRGEN HABERMAS, "Der Europäische Nationalstaat...cit, pag 113.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

européu, de estruturas sociais que possibilitassem uma interrelação entre os cidadãos e os seus representantes, por forma a garantir a presença de um diálogo político orientado para a prossecução de fins consensualmente aceites, sem que fosse necessária a mediação dos Estados-Nações, ou mesmo até com o sacrifício dos interesses particulares destes quando se encontrassem em colisão com o bem comum europeu³⁴. Ora, a prova que tais estruturas não existem encontra-se no facto da decisão de votação nas eleições para o Parlamento Europeu não ser orientada para uma política europeia, mas antes direccionada para fins e questões de interesse nacional através das directrizes dos partidos políticos nacionais³⁵. As mediações político-sociais entre os cidadãos e a União não se encontram

³⁴ A este propósito convém lembrar JOHN LOCKE, *Two Treatises of Governement*(trad port Martins Fontes, S.Paulo, 1998), pag 460, que acerca da constituição da sociedade civil ou política defendia o aparecimento desta sempre que qualquer número de homens no estado da natureza entra em sociedade para formar um povo, um corpo político sob um único governo supremo. Tais homens, autorizam a sociedade, ou o legislativo desta a elaborar leis em seu nome segundo o exija o bem público. Partilhando de uma concepção diferente J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*(trad port, Martins Fontes, S.Paulo, 1999), pag 61, perguntava: “Que povo é, pois apropriado para a legislação? Aquele que, achando-se já ligado por algum vínculo de origem, de interesse, ou de convenção, não tenha ainda suportado ainda o jugo das leis..”.

³⁵ Este problema é posto em relevo, por exemplo, por JOCHEN ABR FROWEIN, “Die Verfassung...cit, pag 323, dizendo que os partidos políticos europeus são escassos e os partidos nacionais não estão orientados para o debate das questões políticas europeias. PAUL KIRCHHOF, “Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen”, *JZ*, 1998, pag 972, afirma mesmo que nem se devia chamar Parlamento ao Parlamento Europeu, que é apenas uma mera assembleia europeia. De forma impressiva JAMES CAPORASO, “The European...cit, pag 42, salienta que falta à União um sistema de partidos, a qual se traduz num défice de discussão pública, impossibilitando que lhe seja associada uma terminologia ideológica habitualmente utilizada como esquerda-direita, populista-elitista, papel activo ou limitado do Estado. Mesmo autores como FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução...cit*, pag 64, reconhecem as enormes dificuldades da via legitimadora própria da União. Este último enumera alguns desses obstáculos: distância e anonimato do poder num espaço cuja dimensão é o oposto da cidade-Estado; a incomunicabilidade através de linguas diferentes e agora com raízes cada vez mais díspares, a falta de estruturas intermédias do tipo partidário, a própria crise da representatividade em geral, e a inidentidade de um povo europeu.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

consolidadas ao ponto de permitirem que o interesse comunitário se possa sobrepor aos interesses egoísticos dos Estados-Membros³⁶.

Não obstante a inexistência de um *demos* europeu, alguns Autores têm levantado a hipótese de conceptualização de um outro *demos* para além do *demos* nacional. Assim, J.WEILER acredita na existência de múltiplos *demos* com diferentes níveis de intensidade e diferentes factores de identificação subjectiva, podendo os indivíduos ser, simultaneamente, cidadãos nacionais e cidadãos europeus, os quais permitiriam que, em determinadas áreas, estes aceitassem as decisões adoptadas pelo conjunto dos concidadãos da União, preferindo, nestes casos, um dos *demos* em detrimento do outro³⁷. Também NEIL MACCORMICK³⁸ coloca a possibilidade de haver, a nível europeu, um *civic demos*, ou seja, uma relação de identificação dos indivíduos com instituições de natureza cívica e não apenas através de laços de natureza étnica ou cultural. No entanto, estas concepções parecem pressupor que os vários *demos* têm diversos níveis de actuação não conflitantes, o que parece ser uma visão não realista, pois haverá que decidir, em caso de antinomia, qual dos dois prevalecerá.

Não obstante a inexistência de um *demos* europeu susceptível de proporcionar a emergência de um poder constituinte europeu e, conseqüentemente, a plena sobreposição do Direito da União Europeia face às ordens jurídicas nacionais, não aceitamos que esta entidade não possua uma legitimidade própria diferente da dos seus Estados-Membros. Tal legitimidade, a que chamamos **extrademocrática**, baseia-se em dois factores fundamentais:

³⁶ Segundo FAUSTO DE QUADROS, “Einige Gedanken...cit, pag 1129, a solidariedade europeia ainda é muito fraca pelo que os interesses egoístas dos Estados prevalecem sobre o interesse comunitário, sendo disso exemplo a crise do Iraque.

³⁷ J.H.H. WEILER, “The Reformation...cit, pag 120. Num texto mais recente, “The European Courts of Justice: beyond ‘beyond doctrine’ or the legitimacy crisis of European constitutionalism”, in SLAUGHTER/SWEET/WEILER (dir), *The European Court and National Courts-doctrine and jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998, pag 384, esclarece o autor de forma mais aprofundada esta sua tese. Segundo WEILER este *demos* deve consubstanciar-se no empenhamento na realização dos valores comuns da União, no empenhamento relativamente a direitos e deveres cívicos, no empenhamento na pertença a uma comunidade que não privilegie o nacionalismo mas antes as características humanas que transcendem as diferenças ético-culturais.

³⁸ NEIL MACCORMICK, “Democracy and Subsidiarity in European Commonwealth”, in *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pag 144.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

a) factor funcional- a Comunidade Europeia mediante da instituição de uma ordem liberal de mercado- assegurando as quatro liberdades fundamentais e a livre concorrência- a qual só pode ser alcançada a uma escala supranacional através de regras e procedimentos específicos- adquiriu uma legitimidade própria em virtude dos Estados não poderem, a nível exclusivamente interno, prosseguir tais objectivos com o mesmo grau de eficiência.

b) factor axiológico-normativo- a identidade axiológica existente na Europa³⁹, possibilita uma consciencialização dos cidadãos europeus acerca dos seus direitos, direitos estes que são objecto de protecção a nível supranacional, e que aqueles podem, inclusive, opor aos seus próprios Estados⁴⁰. Neste sentido, a Carta dos Direitos

³⁹ Cfr. PETER HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (trad esp Tecnos, Madrid, 2002), pag 124, “A Europa entendida como comunidade de valores, como comunidade axiológica, configurou-se ontologicamente como comunidade jurídica e cultural mediante a criação de determinados paradigmas em âmbitos específicos obtidos através da luta por valores como a liberdade, justiça, bem comum, democracia, instituições públicas, instrumentos estes que até poderiam pertencer a uma herança cultural da humanidade...”. Esta legitimidade fornecida por esta unidade axiológica não pode, contudo, na nossa opinião, ser absoluta, pois como afirma J.H.H. WEILER, “The European Courts...cit, pag 379, a principal referência dos cidadãos não é simplesmente o gozo de uma protecção dos direitos humanos que se caracteriza pela sua extensão a todos os que possuam tais qualidades humanas, mas antes a pertença a uma comunidade política, na qual os indivíduos como cidadãos criam as regras a que vão ficar sujeitos.

⁴⁰ Segundo KAREN J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Community Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pag 224, o processo de integração europeia tem sido um instrumento para alguns actores ganharem influência tanto em questões de política europeia como de política interna. A Autora refere que uma série de pronúncias do TJCE forçou, no Reino Unido, um governo conservador a alterar políticas de discriminação sexual, compensar mulheres despedidas por estarem grávidas, ou conceder benefícios a trabalhadores a tempo parcial. Também neste sentido vão as considerações de MIGUEL POIARES MADURO, “O superavit...cit, pag 142-143, que refere “O direito comunitário constitui muitas vezes um novo instrumento de participação nos processos políticos nacionais”. Também ao Direito Administrativo, mais concretamente no domínio das garantias dos cidadãos, trouxe o Direito Comunitário grandes avanços, cfr. CLAUS DIETER CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Mohr, Tübingen, 1996, especialmente pags 182 e segs.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Fundamentais da União Europeia não constitui mais do que o gérmen de um futuro poder constituinte europeu⁴¹.

A legitimidade própria da União Europeia é, claramente, confirmada pelo facto desta entidade adoptar, e de forma crescente realce-se, decisões por maioria. De facto, a ausência de um *demos* impediria, à partida, a adopção de deliberações por maioria, uma vez que a minoria nunca se vergaria aquilo que foi decidido democraticamente pela maioria. No entanto, tanto os Estados como os cidadãos consideram tais decisões plenamente legítimas, não servindo dizer que essa aceitação deriva exclusivamente da vontade estadual, porque a natureza e os fins da União Europeia ultrapassam em muito o modelo intergovernamental⁴². **Todavia, esta carga legitimadora detida pela União não se mostra suficiente para fazer face ao modelo democrático suportado pelo Estado-Nação, nem idónea a impulsionar um acto de auto-determinação política que possibilite a erupção de um poder constituinte europeu.** É que uma legitimidade extrademocrática só se mostra apta a suportar decisões de natureza ordinária, sendo que até mesmo a adopção destas por maioria, ainda que qualificada, vem encontrando resistências cada vez maiores no seio da União Europeia. Assim se compreende que a discussão em torno do projecto de Constituição Europeia se tenha centrado, em grande medida, na ponderação dos votos dos Estados no Conselho⁴³, pois a ausência de um *demos*

⁴¹ Neste sentido, por todos, AGUSTIN JOSÉ MENENDEZ, “Chartering Europe”, Working Paper- Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001, pag 20. Já DIETER GRIMM, “Braucht...cit, pag 585, notava que faltava aos Tratados um catálogo de Direitos Fundamentais que estabelecesse uma relação entre a Comunidade e as pessoas físicas e jurídicas sob os princípios orientadores da liberdade e da igualdade.

Por seu turno ECKHARD PACHE, “Die Europäische Grundrechtscharta-ein Rückschrift für den Grundrechtsschutz in Europa?”, *EUR*, 2001, pag 478, sublinha que a Carta acolhe valores constitutivos da identidade europeia que legitimam o poder da União, possuindo um valor simbólico e identificativo.

⁴² Precisamente, para HANS PETER IPSEN, “Europäische... cit, pag 198, o princípio da maioria era uma das vertentes nas quais se desdobrava o princípio da supranacionalidade, juntamente com o primado e a aplicabilidade directa.

⁴³ Sobre esta questão, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O Projecto de Constituição Europeia- Contributo para o debate sobre o futuro da União Europeia*, 2ªed, Almedina, Coimbra, 2004, pag 73 e 74; e MIGUEL POIARES MADURO, “The new form of majoritarianism in the EU”, *ELR*, 2003, pag 900 e segs.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Europeu torna difícil a aceitação da perda de peso por parte de certos Estados, sobretudo dos mais pequenos, revelando esta legitimidade extrademocrática uma insuficiência crescente para fazer face à ausência de uma verdadeira legitimidade democrática da União. Ao invés, nas decisões de natureza extraordinária, como a revisão dos Tratados, exige-se a unanimidade dos Estados (art 48º do TUE), pois, neste caso, face à ausência de um *demos*, a vinculação dos Estados que ficaram em minoria acarretaria para estes custos quase impossíveis de suportar⁴⁴.

IV. A consagração jurídico-positiva do primado

8. Após o compromisso insatisfatório que conduziu ao Tratado de Nice, decidiu o Conselho Europeu de Laeken, de 15 de Dezembro de 2001, convocar uma Convenção encarregue de formular propostas acerca da estruturação da União Europeia, tanto no contexto de uma Europa alargada como em face dos desafios que se lhe colocam numa nova ordem global. Apesar de não ter recebido um mandato expresso para esse efeito, esta Convenção acabou por adoptar um projecto de Constituição Europeia que, após alguns revezes, acabou por ser assinada, em Outubro de 2004, pelos Estados-Membros⁴⁵.

⁴⁴ Não existindo um poder constituinte europeu é inevitável que nestes “domínios de particular sensibilidade política e decisões de natureza estrutural ou constituinte” ainda se mantenha a regra da unanimidade. Cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias*, vol I, tomo I, Lex, Lisboa, 2001, pag 121.

Este dilema é identificado e solucionado por KOEN LENAERTS/MARLIES DESOMER, “New Models of Constitution Making in Europe: The Quest for Legitimacy”, *CMLR*, 2002, pag 1217 e segs, ao defenderem que a reforma da revisão dos Tratados deve garantir uma ampla possibilidade de participação democrática (*input legitimacy*) bem como uma forma contratual que assegure o efectivo cumprimento das regras acordadas (*output legitimacy*). A melhor forma de prossecução destes objectivos seria a divisão dos Tratados em duas partes consoante a importância das matérias, as quais teriam regras de revisão diferentes.

⁴⁵ Sobre o projecto de Constituição Europeia, em geral, cfr. KOEN LENAERTS/DAMIEN GERARD, “The Structure of the Union according to the Constitution for Europe: the emperor is getting dressed”, *ELR*, 2004, pag 289 e segs; MAXIM LEFEBVRE, “La Constitution Européenne: Bilan d’ un accouchement (2002-2004)”, *RMCUE*, 2004, pag 559 e segs; CASPAR EINEM, “Eine Verfassung für Europa. Ammerkungen zu ausgewählten Aspekten des Verfassungsentwurfs”, *EUR*, 2004, pag 202 e segs; FLORENCE CHALTIEL, “Une Constitution pour l’ Europe, An I de la République Européenne”, *RMCUE*, 2003, pag. 493 e segs; JÜRGEN

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Um dos pontos deste projecto que mais polémica gerou foi, precisamente, a consagração expressa do primado do Direito da União Europeia, o qual “saltava” dos arestos do TJCE directamente para o texto do Tratado subscrito pelos Estados-Membros. Pela primeira vez, na História da integração europeia, o princípio do primado obtinha um reconhecimento expresso⁴⁶. Dispunha o art I-6º do projecto de Constituição Europeia, “a Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União no exercício das competências que lhe são atribuídas primam sobre o direito dos Estados- Membros”. A compreensão deste preceito requer, em primeiro lugar, uma análise do seu âmbito(i), e, seguidamente, uma reflexão sobre a sua natureza, por forma a podermos determinar o seu verdadeiro alcance no domínio do processo de integração europeia(ii).

9. Uma primeira questão que deve ser formulada é a de saber o que quis o projecto realmente abranger quando se refere a “direito dos Estados- Membros”? Estará a fazer alusão apenas ao Direito ordinário interno ou a incluir também o Direito Constitucional dos Estados-Membros? Parece-nos que esta disposição não poderá referir-se meramente ao Direito ordinário, pois não seria verosímil que o legislador comunitário fosse consagrar uma norma que representasse um retrocesso face à jurisprudência do TJCE, solução que acarretaria

SCHWARZE, “Ein pragmatischer Verfassungsentwurf- Analyse und Bewertung des vom Europäischen Verfassungskonvent vorgelegten Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa”, EUR, 2003, pag 535 e segs; GIL CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, “La Constitucionalización de la Unión Europea”, RDCE, 2003, pag 893 e segs; JEAN-VICTOR LOUIS, Le Project de Constitution: continuité ou rupture”, CDE, 2003, pag 215 e segs; ANTONIO TIZZANO, “Prime note sul progetto di Costituzione Europea, DUE, 2003, pag 24 e segs; JULIANNE KOKOTT/ ALEXANDRA RÜTH, “The European Convention and its Draft Treaty establishing a Constitution for Europe: Appropriate Answers to the Laeken Questions”, CMLR, 2003, pag 1315 e segs; na doutrina portuguesa, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O Projecto...cit, passim*; MARGARIDA SALEMA D’ OLIVEIRA MARTINS, O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa- Contributo para uma avaliação positiva, OD, 2005, pag 787 e segs; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “Forças e fraquezas do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: cinco tópicos breves de reflexão”, OD, 2005, pag 807 e segs; PAULO DE PITTA E CUNHA, “O Projecto de uma Constituição para a Europa”, OD, 2005, pag 1015 e segs.

⁴⁶ Assim, LUIS MARIA DÍEZ PICASSO, “Treaty or Constitution?”, “The status of the Constitution for Europe”, <http://jeanmonnetprogram.org>, 2004, pag 16.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

sérios prejuízos para os interesses da União, atentando contra a plena efectividade da sua ordem jurídica. Quanto ao Direito adoptado pelas instituições da União, por um lado, parece abranger todos os actos previstos na projecto(independentemente do seu valor hierárquico), e, também, actos atípicos(desde que produzam efeitos jurídicos), por outro lado, estão incluídos igualmente todos os domínios materiais integrados na esfera da Constituição. De resto, segundo alguns Autores, uma das virtualidades deste preceito seria, precisamente, a de que o princípio do primado, diferentemente do que sucede segundo os Tratados em vigor⁴⁷, passaria a aplicar-se também às matérias dos segundo e terceiro pilares⁴⁸. No entanto, a força aparente desta cláusula não tem uma suficiente sustentação nas restantes disposições do projecto⁴⁹, uma vez que, no que respeita à PESC, não é, praticamente, atribuída jurisdição ao Tribunal de Justiça(art III-376.º, n.º1). O princípio do primado está, assim, condenado, neste domínio, a permanecer letra morta, pois foi precisamente através do mecanismo das questões prejudiciais que o TJCE criou as teorias do primado e do efeito directo⁵⁰. Ponto de crucial importância na interpretação do art I-6º passa, igualmente, pela dilucidação da expressão “no exercício das competências que lhe são atribuídas”. Extrai-se, assim, claramente desta expressão que o primado actua apenas na esfera de atribuições da União Europeia, não ocorrendo uma subordinação genérica dos actos estaduais ao Direito europeu, daqui decorrendo, pelo menos, que a Constituição Europeia coabita plenamente com as Constituições nacionais⁵¹. Porém, esta norma não estabelece quem tem competência para determinar se a legislação europeia foi adoptada *ultra vires*, pelo que os focos de tensão entre os Tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça tenderão

⁴⁷ Segundo PAUL CRAIG/GRAINNE DE BURCA, *EU Law- Text, Cases and Materials*, 3ªed, Oxford University Press, Oxford, 2002, a questão da extensão do primado aos segundo e terceiro pilares ainda está por determinar, quando o TJCE se pronunciar sobre essa questão.

⁴⁸ Cfr. KOEN LENAERTS/DAMIEN GERARD, “The Structure...cit, pag 301.

⁴⁹ De facto, só em teoria desapareceram os diferentes pilares da União Europeia, pois como assinala MARIA LUÍSA DUARTE, “A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-Membros- elementos de um aparente paradoxo, OD, 2005, pag 855, a estrutura dos pilares “foi desmantelada no seu aparato formal, mas foi conservada a dinâmica dual de funcionamento da União, em nome da preservação dos direitos de soberania dos Estados-membros”.

⁵⁰ Cfr. JEAN VICTOR LOUIS, “Le Project...cit, pag 221.

⁵¹ Neste sentido, cfr. KOEN LENAERTS/DAMIEN GERRARD, “The Structure...cit, pag 301.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

a subsistir⁵², para além de que a Constituição não confere a este Tribunal o poder de anular ou declarar a invalidade de actos nacionais contrários aos Tratados⁵³, o que faz com que a magna questão da *judicial kompetenz-kompetenz* permaneça em aberto.

8. Delimitado o âmbito do art I-6º, torna-se agora necessário, tendo em atenção o que foi dito sobre a construção jurisprudencial do primado, as correspondentes reacções dos tribunais nacionais e os fundamentos últimos deste princípio, determinar o verdadeiro significado e importância, para o processo de integração europeia, da inserção deste preceito nos Tratados. Pretenderá esta norma codificar a jurisprudência do TJCE nesta matéria, resolvendo unilateralmente as divergências existentes entre este Tribunal e os Tribunais Constitucionais nacionais, ou apenas arbitrar este conflito mediante a consagração de uma solução intermédia? Elevará a Constituição Europeia o primado a princípio absoluto, procedendo à aniquilação das Constituições nacionais? “Estaremos diante de uma pirâmide normativa de tipo kelseniano? Havendo contradição entre qualquer norma estatal e uma norma europeia, aquela será tida por inválida, insusceptível de produzir efeitos desde a ocorrência da contradição, nula?”⁵⁴. A este respeito podem divisar-se duas orientações radicalmente opostas.

Para uns, art I-6º “não comporta umnexo estrutural de validade idêntico ou semelhante ao que se produz entre normas situadas dentro do mesmo ordenamento (por exemplo, entre normas constitucionais e normas ordinárias, entre lei e regulamento, entre *jus cogens* e tratado, entre tratado constitutivo da União Europeia ou de outra entidade internacional e acto dele derivado, ou entre tratado principal e tratado acessório). Falta um elemento genético e fundacional ao Direito da União diante do Direito de cada Estado membro”⁵⁵. Numa orientação aproximada, também o *Conseil Constitutionnel* considerou que o princípio do primado, resultante do art I-6º, devia ser lido em conjugação com art I-5º, do qual resulta a obrigatoriedade do respeito, por parte da União, das estruturas

⁵² Cfr. MATHIAS KUMM/VICTOR FERRERES COMELLA, “The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty”, <http://jeanmonnetprogram.org>, 2004, p 10.

⁵³ Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O Projecto...*cit, pag 64-65, daí concluindo que esta cláusula não pode considerar-se tipicamente federal.

⁵⁴ JORGE MIRANDA, “A Constituição Europeia e a Ordem Jurídica Portuguesa”, XX Aniversário do Tribunal Constitucional, <http://www.tribunalconstitucional.pt>, 2004, ponto 11.

⁵⁵ Cfr. JORGE MIRANDA, “A Constituição Europeia...”cit, ponto 12.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

políticas e constitucionais dos Estados-Membros, para além de que o projecto, conservando a natureza de Tratado internacional, faria com que esta primazia decorresse do art 88-1 da Constituição francesa⁵⁶.

Por oposição, há quem entenda que a consagração do primado do Direito da União Europeia, no texto do projecto de Constituição para a Europa, envolve uma aceitação explícita por parte dos Estados-Membros de que as suas Constituições nacionais e os seus Tribunais, cuja vocação é serem considerados a última autoridade de um sistema jurídico, estão por ele limitados, pelo que os Estados deixam de ser os “Senhores dos Tratados”⁵⁷.

10. Na nossa opinião, já o referimos, a questão chave acerca do primado do direito da União Europeia reside na existência, ou inexistência, de um poder constituinte europeu⁵⁸. Ora, se a Convenção sobre o futuro da Europa- que levou a cabo a tarefa de elaborar o projecto de Constituição- não se assumiu como um instrumento de manifestação de um poder constituinte europeu⁵⁹, deve, necessa-

⁵⁶ Decisão nº 2004-505 de 19 de Novembro de 2004, in MARIA LUÍSA DUARTE/PEDRO DELGADO ALVES, *União...*cit, pag 465 e segs. Esta decisão não deixou de provocar reacções críticas por parte da doutrina francesa. Assim BRUNO GENEVOIS, “Le Conseil Constitutionnel et la primauté du droit communautaire”, *RFDA*, 2005, pag 241, afirma, em relação ao argumento do Tribunal de considerar que o projecto de Constituição é apenas um Tratado internacional, ser este fundamento tautológico, pois essa é precisamente a problemática que está em causa, saber se o art I-6º contraria um valor de natureza constitucional. Em segundo lugar, afirmar que este preceito nada altera em face da consagração jurisprudencial do princípio é, segundo o Autor, um erro de apreciação, pois do ponto de vista do TJCE e das instituições comunitárias o primado obtém a sua confirmação. Por último, o respeito pela identidade nacional dos Estados não dá grande segurança, pois, por si só, não tem grande incidência no funcionamento do art I-6º, que determina explicitamente um método resolução de conflito entre normas. Por seu turno, CLAUDINA RICHARDS, “The Supremacy”, pag 511, considera que o facto de se afirmar que o art I-6º reflecte a jurisprudência do TJCE, não auxilia a interpretação do *Conseil Constitutionnel*, pois, segundo essa corrente, o Direito Comunitário prevalece, em qualquer caso, sobre as normas constitucionais internas.

⁵⁷ Cfr. LUIS MARIA DíEZ-PICASSO, “Treaty...”cit, pag 17; também FLORENCE CHALTIEL, “Une Constitution...”cit, pag 494, entende que o primado aparece formulado em termos absolutos.

⁵⁸ *Infra* 7.

⁵⁹ Neste sentido, cfr. MATHIAS KUMM/VICTOR FERRERES COMELLA, “The Future...”cit, pag 14, salientando que o nível de inter-relação existente

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

riamente, concluir-se pela impossibilidade do art I-6º poder constituir o reflexo de um primado substancial do Direito da União Europeia⁶⁰. Como pensamos ter ficado demonstrado, não estão reunidas condições ontológicas que permitam a emergência de um poder constituinte europeu, referindo-se, no próprio preâmbulo do projecto, que tal acto resultava da vontade dos “povos europeus”, para além de que o Tratado Constitucional só entraria em vigor quando ratificado por todos os Estados de acordo com as respectivas normas constitucionais(art IV-447.º). Numa perspectiva sistemática, o art I-6º, surgindo logo após o preceito relativo às relações entre a União e os seus Estados-Membros, e no qual se afirma que a União respeita a identidade nacional reflectida nas estruturas constitucionais dos seus Estados-Membros(art I-5º), conjugado com o art I-11º, sobre as competências da União, e no qual está consagrado o princípio das competências por atribuição, confirma a não detenção pela União Europeia da competência das competências, o que faz com que o primado do Direito da União Europeia resulte sempre de uma cedência da vontade estadual e não de um atributo próprio da ordem jurídica comunitária.

Será, no entanto, a consagração jurídico-positiva do primado do Direito da União Europeia totalmente inócua em face da evolução do processo de integração política e jurídica traçado até ao presente momento? A resposta é negativa, quer por estritas razões de ordem prático-jurisprudencial, quer por razões de ordem sistémico-simbólica. Quanto às primeiras, através da sua consagração no Tratado, a autoridade e legitimidade deste princípio são substancialmente reforçadas, podendo o TJCE citar simplesmente este preceito, abandonando a invocação do seu precedente, ao qual subjazem questões complexas de um ponto de vista conceptual, empírico e normativo⁶¹. Por outro lado, confere-se a esta cláusula uma função de irreversibilidade, pois, apesar de remota, não é de excluir a possibilidade do TJCE introduzir *nuances* na interpretação de um

não é suficiente para que a decisão de ratificação possa ser atribuída a um “European pouvoir constituant”; MAXIM LEFEBVRE, “La Constitution...cit, pag 560; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O Projecto...cit*, pag 39; JÜRGEN SCHWARZE, “The Convention’s Draft Treaty establishing a Constitution for Europe”, *CMLR*, 2003, pag 1042; JULIANNE KOKOTT/ALEXANDRA RÜTH, “The European...cit, pag 1320; em sentido contrário, cfr. KOEN LENAERTS/DAMIEN GERARD, “The Structure...cit, pag 293, ao afirmarem que a Constituição Europeia representa uma poderosa fonte de autoridade, expressando a *volonté constituante* de um poder constituinte democrático.

⁶⁰ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado...cit, pag 210.

⁶¹ Cfr. MATHIAS KUMM/VICTOR FERRERES COMELLA, “The Future...cit, pag 8.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

princípio que, até ao momento, foi considerado absoluto e incondicional⁶². Quanto às segundas, estão intimamente ligadas aos fins últimos subjacentes ao projecto de Tratado Constitucional, os quais encerram uma duplicidade teleológica. Numa primeira dimensão este projecto procurou responder aos desafios do alargamento e da nova ordem mundial⁶³, procedendo, nomeadamente, ao redesenho das regras de votação por maioria qualificada, abolindo a estrutura dos pilares, estendendo a co-decisão a novas matérias ou alterando o equilíbrio de poderes, entre Estados e a União, em áreas como a política criminal, imigração e asilo, política externa, defesa ou propriedade intelectual⁶⁴. Porém, na impossibilidade de se alcançar um compromisso que representasse uma ruptura com os Tratados anteriores⁶⁵, dotou-se projecto de Constituição europeia, adicionalmente, de uma elevada carga sistémico-simbólica⁶⁶, designadamente através da consagração expressa dos símbolos da União(art I-8.º), da adopção de uma fraseologia estadual- lei europeia, lei-quadro europeia(art I-33.º), Ministro dos Negócios Estrangeiros(art I-28.º), ou do acolhimento de certas disposições de origem jurisprudencial, como a própria

⁶² Neste sentido, cfr. LUIS MARIA DÍEZ PICASSO, “Treaty...cit, pag 16.

⁶³ Cfr. ANTONIO TIZZANO, “Prime Note...cit, pag 252-253; KOEN LENAERTS/DAMIEN GERARD, “The Structure...cit, pag 289; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O Projecto...*cit, pag 24 e segs; MAXIM LEFEBVRE, “La Constitution...cit, pag. 559.

⁶⁴ DAMIEN CHALMERS, “A Constitution whose bottle is definitely half-full and not half-empty”, *ELR*, 2003, pag 449.

⁶⁵ Neste sentido, cfr. MAXIM LEFEBVRE, “La Constitution...cit, pag 559, afirmando que esta Constituição não se traduz numa revolução mas apenas na simplificação e melhoramento da União Europeia; GIL CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, “La reforma...cit, pag 896, ao reconhecer que do ponto de vista estritamente jurídico as modificações são globalmente modestas; MARIA LUÍSA DUARTE, “A Constituição...cit, pag 863, defende que a Europa deu com o Tratado de Maastricht um passo bem maior do que com o Tratado constitucional; em sentido não inteiramente coincidente FLORENCE CHALTIEL, “Une Constitution...cit, pag 494, defende que o projecto assegura um equilíbrio entre a continuidade e a inovação.

⁶⁶ Neste sentido, cfr. JULIANE KOKOTT/ALEXANDRA RÜTH, “The European... cit, pag 1321, referindo que este é um passo histórico na integração europeia, mas mais simbólico e político do que verdadeiramente jurídico. Da mesma forma JEAN VICTOR LOUIS, “Le Projet...cit, pag 216, salienta que houve uma preocupação de novidade traduzida na importância dada aos símbolos, ao preâmbulo, aos valores e aos instrumentos jurídicos.

designação de Constituição⁶⁷ ou o princípio do primado, com a expectativa de criação de um terreno propício que possibilitasse ao TJCE alimentar um processo dinâmico e evolutivo⁶⁸. Deve, assim, reconhecer-se, não obstante o carácter não federal deste art I-6.º, que a consagração expressa do primado, ao contrário de outras criações jurisprudenciais, como o efeito directo ou preempção, que não lograram consagração expressa no projecto, resulta de uma técnica de consciencialização lenta e gradual da supremacia absoluta do Direito Comunitário que se encontra ao serviço de um voluntarismo constituinte⁶⁹. Em suma, pode, assim, dizer-se que o escopo do art I-6.º é apenas, no universo bidimensional que, segundo WEILER, caracterizava a evolução da teoria do primado⁷⁰, reforçar (ainda que de forma significativa) a dimensão supranacional deste princípio.

V. O Tratado de Lisboa e o Primado

11. Os chumbos ao Tratado Constitucional, nos referendos que tiveram lugar em França e na Holanda, colocaram um travão definitivo nos processos de ratificação nacionais com vista à entrada em vigor deste texto. Consequentemente, com vista à superação deste impasse, foi aprovado, no Conselho Europeu de 18 e 19 de Outubro, realizado em Lisboa, um Tratado reformador, o qual será assinado, também em Lisboa, pelos 27 Estados-Membros, em Dezembro de 2007⁷¹.

12. Com o novo Tratado é eliminada a referência expressa ao primado, referindo apenas a Declaração n.º 27 anexa ao Tratado, sob o título princípio do primado do direito comunitário, que “A conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, os tratados e o direito da União adoptado com base nos Tratados primam sobre o direito dos

⁶⁷ O TJCE qualificou o Tratado CEE como uma Carta Constitucional de uma Comunidade de Direito, no caso *Les Verts*, proc 294/83, de 23-4-86, col 1986, pag. 1346 e segs.

⁶⁸ Assim, MIGUEL GALVÃO TELLES, “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa”, *OD*, 2004, pag 893, ao defender que o uso da palavra constituição torna-se perigosíssima, porque na falta de garantia precisa dos direitos dos Estados-Membros e de contenção do Tribunal de Justiça, só servirá para “aumentar a velocidade do cavalo”.

⁶⁹ FRANCISCO PAES MARQUES, “O Primado...cit, pag. 210-211.

⁷⁰ Cfr. JOSEPH WEILER, “The Dual Character...cit, pag. 275.

⁷¹ O texto do Tratado reformador pode ser consultado em <http://www.europa.eu>.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

Estados-Membros, nas condições referidas na referida jurisprudência⁷². Qual o significado desta alteração?

Em primeiro lugar, ela tem de ser compreendida no contexto que presidiu ao acordo alcançado, pois os Estados-Membros perceberam que a carga sistémico-simbólica do projecto de Constituição tinha constituído um obstáculo à sua aceitação, pelo que concordaram na eliminação das referências aos símbolos, da fraseologia estadual, referente aos instrumentos e ao Ministro dos Negócios Estrangeiros, bem como da consagração expressa do primado. Ao invés, os aspectos substanciais desse texto permanecem no novo Tratado, tais como a fusão da União e das Comunidades, a personalidade jurídica da União ou as novas regras de votação. Conclui-se, portanto, que a grande franqueza da Constituição Europeia residia no facto desta alardear uma força que, na realidade, não possuía, podendo até afirmar-se que a remoção do Tratado do princípio do primado constitui o ponto mais significativo deste recuo. No entanto, os Estados não quiseram que esta eliminação pudesse ser interpretada como uma renúncia a um princípio fundamental que faz parte do “*acquis communautaire*”, pelo que decidiram fazer-lhe uma referência numa declaração anexa ao Tratado.

13. Qual então o alcance concreto da adopção desta solução?

Deve começar por dizer-se que esta alteração é significativa, pois, ao contrário dos protocolos e dos anexos do Tratado (art 36.º do Tratado reformador), as declarações desta natureza não possuem efeitos jurídicos vinculativos⁷³. Estas declarações não integram formalmente os Tratados, pelo que não estão sujeitas a ratificação e, conseqüentemente, não podem entrar em vigor nos ordenamentos jurídicos nacionais e comunitário⁷⁴. Assim sendo, nem o TJCE, nem os tribunais nacionais, podem invocar este princípio contido na declaração, pois ele não pode, por si só, restringir, excluir ou modificar os efeitos jurídicos de normas nacionais contrárias ao Direito da União Europeia. Porém, este recuo dos Estados-Membros é algo paradoxal, pois se, por uma lado, se retira ao primado a força jurídica conferida pelo Tratado, por outro, ao contrário do que sucedia com o art I-6º, que devia ser interpretado em conjugação com o respeito das estruturas políticas e constitucionais dos Estados-Membros, e

⁷² Também o projecto de Tratado Constitucional já tinha uma declaração anexa sobre a aplicação do art I-6.º, embora em moldes diferentes.

⁷³ Neste sentido, cfr. DENNYS SIMON, *Le Système Juridique Communautaire*, 3ªed, PUF, Paris, 2001, pag 303; A.G. TOTH, “The Legal status of the declarations annexed to the Single European Act”, *CMLR*, 1986, pag. 9.

⁷⁴ Cfr. A.G. TOTH, “The Legal, pags. 9-10.

MERCOSUR Y UNIÓN EUROPEA

com o princípio das competências por atribuição, não restam agora dúvidas que o conteúdo do primado é o resultante da jurisprudência do TJCE, que afirmou a supremacia absoluta do Direito Comunitário. Ora, considerando que esta questão se reveste de uma elevada sensibilidade política, uma declaração expressa, com este conteúdo, por parte dos Estados-Membros, não equivale a uma abdicação total e definitiva da consagração jurídico-positiva do primado, sendo bem possível estar-se a preparar terreno para a conversão de um princípio de *soft law* em *hard law*⁷⁵.

⁷⁵ Cfr. sobre esta questão, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Natureza Jurídica da Revisão do Tratado da União Europeia*, Lex, Lisboa, 2000, pag 500 e segs.



Se terminó de imprimir en abril de 2008 en
LERNER EDITORA SRL
Duarte Quirós 545, L. 2 y 3, CP 5000,
Córdoba, República Argentina