
***IMPLICANCIAS DE LA NOCIÓN WESTFALIANA DE SOBERANÍA EN
EL DESARROLLO DEL MERCOSUR COMO SUJETO DE DERECHO
INTERNACIONAL***

***IMPLICATIONS OF THE WESTPHALIAN NOTION OF SOVEREIGNTY
IN THE DEVELOPMENT OF MERCOSUR AS A SUBJECT OF
INTERNATIONAL LAW***

***IMPLICAÇÕES DA NOÇÃO VESTFALIANA DE SOBERANIA NO
DESENVOLVIMENTO DO MERCOSUL COMO SUJEITO DE DIREITO
INTERNACIONAL***

FLAVIO FLOREAL GONZÁLEZ

Abogado, UBA. Magister en Relaciones Internacionales, FLACSO. Profesor regular adjunto de Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular de Cátedra en Introducción al Conocimiento de la Sociedad y el Estado del Ciclo Básico Común, UBA. Coautor del “Manual de Derecho de la Integración” editado por Thomson Reuters La Ley. Autor de “Dumping y subsidios en el comercio internacional” editado por Editorial Ad Hoc. Colaboración en otras obras. Autor de diversos artículos de doctrina en la materia.

RESUMEN

Objetivo: el Mercosur es un bloque comercial cuando negocia tratados internacionales con terceros estados. ¿Pero sigue siendo un bloque cuando debe implementar dichos acuerdos? ¿Hasta qué punto los temas pendientes para concretar una auténtica unión aduanera diluyen dicho bloque? ¿Cómo impacta ello en la performance del Mercosur como sujeto de derecho internacional en los sistemas de solución de controversias acordados en dichos acuerdos? ¿Y por qué



hemos llegado a esta situación? El presente artículo pretende brindar algunas respuestas para dichos interrogantes.

Metodología: análisis de los capítulos correspondientes de los tratados internacionales que ha suscripto el Mercosur y de la normativa aplicable a la materia.

Resultados: responde los interrogantes planteados evidenciando que es necesaria una nueva visión de la idea de soberanía para poder mejorar la performance del Mercosur como sujeto de derecho internacional.

Contribuciones: mejorar la performance del Mercosur como sujeto internacional de derechos.

Palabras claves: Mercosur; Brasil; UE; controversias; soberanía.

ABSTRACT

Objective: Mercosur negotiate as a commercial block when interacts with third states. ¿But what happens when those treaties must be put into practice? Is Mercosur still a commercial block? Our integration experiences faces several difficulties to consolidate as a custom union. Which is the impact of those problems when Mercosur must implement the international treaties signed with third states? In this article we are going to analyze those issues.

Methodology: legal reasoning of the international treaties signed by Mercosur.

Results: the article answers the cited questions and permit us to conclude that a new approach of the idea of sovereignty is necessary in order to improve Mercosur's performance as an international subject of rights.

Contributions: to improve the performance of Mercosur as an international subject of rights.

Keywords: Mercosur; Brazil; European Union; sovereignty

RESUMO

Objetivo: o Mercosul é um bloco comercial quando negocia tratados internacionais com terceiros estados. Mas ainda é um bloco quando deve implementar tais



acordos? Em que medida as pendências para finalizar uma verdadeira união aduaneira diluem este bloco? Como isso impacta a atuação do Mercosul como sujeito de direito internacional nos sistemas de solução de controvérsias acordados nos referidos acordos? E por que chegamos a essa situação? Este artigo tem como objetivo fornecer algumas respostas a essas perguntas.

Metodologia: análise dos capítulos correspondentes dos tratados internacionais celebrados pelo Mercosul e da regulamentação aplicável na matéria.

Resultados: responde-se às questões levantadas, mostrando que uma nova visão da ideia de soberania é necessária para melhorar a atuação do Mercosul como sujeito de Direito Internacional.

Contribuições: Melhorar a atuação do Mercosul como sujeito internacional de direitos.

Palavras-chave: Mercosur; Brasil; UE; Controversias; Soberanía.

1 INTRODUCCIÓN

Después de casi treinta años el Mercosur no pudo concretar el objetivo de conformar una unión aduanera plena. Precisamente, dicho objetivo había sido propuesto como paso previo para la construcción de un mercado común entre los estados parte.¹ Tres décadas no fueron suficientes para lograr lo que en la Unión Europea se consiguió en once años.²

¿Pero por qué decimos que el Mercosur no es una unión aduanera plena? ¿Y qué consecuencias trae aparejada esta situación, por ejemplo, en la performance del Mercosur como sujeto de derecho internacional frente a terceros estados u otros espacios de integración?

En ese sentido, me permito avanzar en mi análisis para señalar que *no* ser una unión aduanera plena afecta significativamente al Mercosur como sujeto de derecho internacional. El Mercosur es un bloque comercial cuando negocia y

¹ Ver artículo 1 del Tratado de Asunción por el que se creó el Mercosur el 26 de marzo de 1991.

² La Comunidad Económica Europea creada por el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957 concretó la entrada en vigor de la unión aduanera el 1 de julio de 1968, dieciocho meses antes de lo previsto.



suscribe tratados internacionales con terceros estados, pero deja de serlo cuando se pasa a la etapa posterior de su implementación. Precisamente, analizaremos cómo impacta esta cuestión en materia de solución de controversias.

Finalmente, reflexionaré sobre una de las posibles causas del problema apuntado.

2 ¿POR QUÉ DECIMOS QUE EL MERCOSUR NO ES UNA UNIÓN ADUANERA PLENA?

El Mercosur se propuso avanzar en el logro del mercado común desarrollando primero una unión aduanera. Para integrar los territorios aduaneros nacionales en un territorio aduanero común los estados se obligaron a desarrollar políticas en dos planos:

- intrazona;
- extrazona.

En el plano intrazona los estados se comprometieron a eliminar las barreras arancelarias (por ejemplo los aranceles de importación) y no arancelarias (por caso, las restricciones de naturaleza fitosanitaria) en el comercio recíproco de mercaderías. De este modo, un producto tendría que haber circulado con las mismas restricciones entre Curitiba y Buenos Aires que las que tendría que haber enfrentado si se dirigía desde Curitiba a San Pablo. Como bien sabemos, hoy ello no es posible, especialmente, en materia de restricciones no arancelarias. Hubo avances significativos a la hora de eliminar aranceles de importación, aunque en verdad, bien podemos decir que ello indirectamente promovió que los intereses proteccionistas activaran sus resortes en los gobiernos para el florecimiento de las restricciones no arancelarias.

El plano extrazona, por su parte, es especialmente relevante para definir si estamos en presencia de un bloque comercial. En efecto, mientras el plano intrazona es concebido para eliminar las fronteras económicas internas, los instrumentos que



conforman el aspecto extrazona de una unión aduanera delimitarán, entre otras, las fronteras arancelarias, económicas y fitosanitarias del nuevo territorio aduanero común. Y ello, como veremos, impacta en el desempeño del Mercosur de sujeto de derechos, por ejemplo, a la hora de litigar en el marco de sistemas de solución de controversias que acuerde con otros estados o bloques comerciales.

Llegados a este punto tenemos que decir que, lamentablemente, el Mercosur tampoco pudo concretar los instrumentos e instituciones que definen a una unión aduanera plena en el plano extrazona. ¿De qué instituciones e instrumentos hablamos? Pues bien, entre otros:

- una autoridad aduanera común;
- un arancel externo común, que actúa como frontera arancelaria del espacio aduanero común;
- el producido de dicho arancel debiera integrar una renta aduanera común;
- un código aduanero común;
- normas antidumping comunes;
- normas comunes en materia fitosanitaria, sanitaria, técnica etc.

EL Mercosur no tiene una autoridad aduanera común que se encargue de la gestión aduanera de mercaderías provenientes de terceros estados. Cada país tiene su propia aduana adoptando, según sea el caso, normas, procedimientos y aplicando aranceles de importación, sanciones nacionales. Hoy nos parece utópico el planteo de contar con una autoridad aduanera común. Pero una unión aduanera para ser tal necesita de tal autoridad. No se puede gestionar un territorio aduanero común sin una autoridad central ubicada en un plano supranacional. Un territorio común gestionado por varias autoridades - que adoptan normas que muchas veces son diferentes - deja de serlo. Se fragmenta y el bloque se desvanece.

A su turno, el arancel externo común (AEC) fue adoptado en el año 1994, mediante la Decisión 22/94 del Consejo Mercado Común (CMC). El AEC sustituyó los aranceles nacionales a partir del 1 de enero de 1995. Sin embargo, tuvo un régimen de excepciones desde su puesta en marcha. Tales excepciones se dieron



en Bienes de Capital, Informática y Telecomunicaciones. En estos sectores rigen los aranceles nacionales. Luego se acordaron más excepciones al AEC a través de listas nacionales. Estas listas son conocidas como “perforaciones” adicionales al AEC en las que cada Estado tiene un número fijo de excepciones pudiendo variar cada seis meses la composición de los productos que la integran³.

¿Quién cobra el AEC? ¿Existe una renta aduanera común? Cada Estado cobra el AEC cuando un producto es importado desde un tercer estado a su territorio aduanero. Pero en el Mercosur también se ha desnaturalizado el cobro del AEC pues, en ciertos casos, los productos importados de extrazona deben pagarlo dos veces. En efecto, cuando un producto proveniente de un tercer estado ingresa al Mercosur por un país para dirigirse luego a otro Estado miembro, paga el AEC dos veces: primero en el país por donde ingresó y luego en el país de destino final. Ese doble pago es perjudicial para el exportador pues se torna anticompetitivo, pero también, para el importador y los consumidores que ven subir sus costos y los precios injustificadamente. Los productos extrazona deben circular libremente por el interior de una unión aduanera una vez que pagan el AEC. Una vez pago el AEC, el producto proveniente de un tercer estado debería ser considerado como si fuera un producto originario del Mercosur. El pago del AEC debería “nacionalizar” al producto extrazona para que circule libremente dentro del Mercosur. El doble pago del AEC se debe a que los estados son celosos de su recaudación aduanera. En el Mercosur, a diferencia de lo que sucede en la UE, donde los impuestos aduaneros conforman una renta común que integra el presupuesto comunitario, la renta aduanera seguirá perteneciendo a los estados nacionales.

Tampoco tenemos autoridades comunes para dictar normas fitosanitarias, sanitarias, o en materia de dumping. Por ejemplo, durante la pandemia del COVID cada estado hizo lo que quiso cuando debiéramos preguntarnos si no hubiera sido mejor adoptar normas comunes teniendo en cuenta que los virus sí tienen libre circulación por las fronteras que nos separan.

³ Dec. CMC 56/10 art. 46 y ss. estableció que cada Estado Parte podrá mantener una Lista Nacional de Excepciones al Arancel Externo Común (AEC), en los siguientes términos. Los estados pudieron modificar dichas listas periódicamente.



De lo dicho, podemos concluir que la construcción de la unión aduanera ha quedado a mitad de camino. No hubo fusión de los territorios aduaneros en uno común, ni tampoco se ha creado una autoridad común para gestionarla. En los hechos, más allá del discurso jurídico que surge de los tratados, no hay un espacio aduanero - y mucho menos económico - integrado. No hay un auténtico bloque comercial regido por una autoridad y normas comunes. A lo sumo, podemos caracterizar al Mercosur como una unión tarifaria imperfecta (por la existencia de AEC en los temas donde no hay perforaciones) en la que se han eliminado restricciones de tipo arancelaria en el comercio intrazona.

Como dijimos entonces, en los hechos el Mercosur no es un auténtico bloque comercial pues toda su actividad regulatoria y administrativa se desarrolla a nivel nacional. De este modo, cuando negociamos acuerdos de comercio internacional con otros países o grupos de países (como la Unión Europea) los hacemos como bloque pero cuando debemos empezar a implementar tales acuerdos el bloque deja de existir. Sólo están las autoridades nacionales gestionando territorios aduaneros y económicos que operan como entidades autónomas. Caracterizar entonces al Mercosur como un bloque comercial es una falacia que se ha venido repitiendo desde hace casi treinta años.

3 ¿CÓMO IMPACTA LO ANTEDICHO EN LA PERFORMANCE DEL MERCOSUR COMO SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL?

No obstante lo dicho en el punto precedente, el Mercosur es un sujeto de derecho internacional que tiene personería internacional para celebrar y suscribir tratados internacionales con terceros estados o grupos de estados.⁴

A partir de esa posibilidad, celebró acuerdos internacionales de comercio de diversa índole. Algunos fueron más bien declarativos, concebidos para establecer un marco en el que transcurrieran futuras negociaciones que derivaran luego en un

⁴ Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994, art. 34.



acuerdo con obligaciones concretas. Y otros fueron operativos para desarrollar áreas de preferencias o zonas de libre comercio entre el MERCOSUR y un país o grupo de países.

Con respecto a los miembros de ALADI, se les otorgó el estatus de Estados Asociado mediante acuerdos bilaterales, los *Acuerdos de Alcance parcial de Complementación Económica (ACE)*. En dichos acuerdos se ha establecido un cronograma para la conformación de una zona de libre comercio o un área de preferencias entre el MERCOSUR y los países firmantes según el caso. Los países con los que el MERCOSUR firmó tales acuerdos son:

Chile formalizó su asociación al MERCOSUR el 25 de junio de 1996 con la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica MERCOSUR – Chile⁵.

Bolivia se asoció el 17 de diciembre de 1996, mediante la firma del Acuerdo de Complementación Económica MERCOSUR - Bolivia⁶.

El 18 de octubre de 2004 se firmó el Acuerdo de Complementación Económica del MERCOSUR con Colombia, Ecuador y Venezuela (luego éste último adhirió como miembro pleno del MERCOSUR)⁷.

El 30 de noviembre de 2005 se suscribió el Acuerdo de Complementación Económica MERCOSUR - Perú⁸.

México (miembro de ALADI) no es miembro asociado del MERCOSUR pero celebró un acuerdo marco en cuyo seno los Estados mercosureños han celebrado tratados bilaterales con aquella nación para establecer áreas de preferencias económicas⁹.

Cuba (también miembro de ALADI) no es un país asociado al MERCOSUR pero firmó el 21 de julio de 2006 un acuerdo para el otorgamiento de preferencias

⁵ ACE 35.

⁶ ACE 36.

⁷ ACE 59.

⁸ ACE 58.

⁹ En verdad el acuerdo marco (ACE 54) fue suscripto el 5 de julio de 2002, dos días después que el acuerdo bilateral (ACE 53) que habían firmado Brasil y México (el 3 de julio de 2002) para otorgarse preferencias arancelarias recíprocas. Ello fue criticado por sus otros socios del MERCOSUR porque debilitó la política comercial común del bloque. Uruguay luego firmó el 15 de noviembre de 2003 un acuerdo (ACE 60) con México para establecer una zona de libre comercio con lo que se agravó la situación planteada. Antes, el 27 de septiembre de 2002 el MERCOSUR había firmado un acuerdo sobre automotores con México (ACE 55).



arancelarias recíprocas¹⁰.

Además de los Acuerdos de Complementación Económica firmados en el marco de la ALADI, el MERCOSUR firmó acuerdos de comercio preferencial y zonas de libre comercio, según el caso, con la India, Egipto, Sudáfrica e Israel. También está negociando con Marruecos, Turquía, Jordania.

Sin dudas, el más significativo, por tamaño de las economías, y por la variedad de temas incluidos en la negociación, fue el acuerdo que el MERCOSUR celebró con la UE tras veinte años de negociaciones. Es un acuerdo que excede lo comercial pues plantea una alianza estratégica entre dos bloques que reúnen a ochocientos millones de personas. Como se dijo, además de otorgarse ventajas comerciales (por ejemplo, la UE elimina aranceles para el 92% de los productos del Mercosur y otorga una preferencia para el 7,5% restante), las partes avanzan en otras áreas: cooperación política y cultural estratégica, servicios, inversiones, compras públicas, políticas para PyMES y medio ambiente.

Ahora bien, cuando el Mercosur firma acuerdos con terceros estados suelen establecerse sistemas arbitrales para dirimir controversias. Sistemas que obviamente son concebidos para garantizar cierta eficacia y cumplimiento en los acuerdos. Ellos en general prevén que los países del Mercosur podrán litigar en tanto bloque o individualmente.¹¹ El problema es que el Mercosur, más allá de lo que dice el acuerdo, raramente podrá hacerlo en bloque. En los hechos, al no tener perfeccionada la unión aduanera, será demandado el estado que dictó el acto objetado. Salvo que todos los estados dicten un acto similar, el Mercosur raramente será demandado. Distinto sería el caso si tuviera una autoridad aduanera común con potestad para regular una política comercial frente a terceros. En ese caso, siempre seríamos demandados como bloque. Y a la hora de reclamar por nuestros derechos se da idéntica situación: nuestros países sólo podrán demandar el cumplimiento de

¹⁰ ACE 62.

¹¹ Ver por ejemplo el Acuerdo Preferencial de Comercio Mercosur India del 25 de noviembre de 2004, Anexo V art. 16 y 17; Tratado de Libre Comercio con Israel del 18 de diciembre de 2007 Capítulo XI art. 1, Acuerdo Preferencial de Comercio Mercosur con la Unión Aduanera de África del Sur del 15 de diciembre de 2008 Anexo 5 art. 1; Tratado de Libre Comercio Mercosur con Egipto del 2 de agosto de 2010 Capítulo 4 art. 3.



un tratado en conjunto cuando se trate de una medida que afecte a todos. Caso contrario deberán reclamar individualmente. Para ponerlo en pocas palabras, nuestros países negocian acuerdos desde el Mercosur pero a la hora de litigar frente a un eventual incumplimiento deben hacerlo individualmente. El bloque casi no tendrá chances de existir en el sistema de solución de controversias.

El punto es que no estamos ante un problema de naturaleza meramente procesal. Se trata de tener más o menos peso a la hora de ofrecer incentivos para que nuestras contrapartes cumplan un tratado. El sistema de solución de controversias se concibe para dirimir un conflicto - e indirectamente - para ofrecer incentivos para el cumplimiento de un acuerdo. Buena parte de esos incentivos residen en las medidas compensatorias que pueda aplicar el estado afectado para resarcirse del perjuicio sufrido. Medidas compensatorias que tendrán distinto peso a la hora de inducir el cumplimiento según puedan ser dispuestas por un país o por el bloque en su conjunto.

Y toda la problemática en análisis cobra todavía más relevancia si examinamos el acuerdo de asociación estratégica que firmó el Mercosur con la UE. Allí también se mantiene la situación descrita en los párrafos precedentes. Los europeos podrán frenar el ingreso de nuestros bienes – por ejemplo por una medida fitosanitaria - a todo el mercado europeo; mientras que nosotros frente a idéntica contingencia apenas podremos hacerlo en los mercados nacionales que se vean específicamente afectados. Y lo mismo sucederá si tenemos que dirimir una disputa. El Mercosur raramente podrá reclamar o ser reclamado en bloque, mientras que la UE siempre litigará como tal.¹² Ello se debe a que la UE ha conformado una auténtica unión aduanera, mientras que nosotros no.

En función de lo expuesto, es necesario avanzar en la efectiva concreción de la unión aduanera. Su implementación a mitad de camino impacta negativamente en la implementación de los acuerdos internacionales que firme el bloque. El escenario internacional brinda incentivos para profundizar la integración en todos sus aspectos,

¹² Acuerdo Asociación Estratégica Mercosur Unión Europea suscrito el 28 de junio de 2019, redacción provisional, Título XXX Capítulo I art. 2.



incluso, el intrazona. La unión aduanera imperfecta impacta negativamente en la performance del Mercosur como sujeto de derechos internacional.

4 ¿POR QUÉ NO PUDIMOS AVANZAR EN EL LOGRO DE LA UNIÓN ADUANERA PLENA CREANDO, POR EJEMPLO, UNA AUTORIDAD ADUANERA COMÚN?

Responder a esta pregunta nos lleva directamente a analizar, aunque sea brevemente, la naturaleza de las instituciones que han sido concebidas en el Mercosur.

La estructura institucional del Mercosur ha sufrido diversas modificaciones desde su establecimiento primario en el Tratado de Asunción, hasta la última configuración sentada por el Protocolo de Ouro Preto (POP). Siempre ha presentado un diseño intergubernamental y en la actualidad cuenta con tres órganos de naturaleza decisoria en que participan los gobiernos. Luego presenta dos organismos consultivos sin facultades decisorias, conformados por parlamentarios uno y por empresarios y sindicalistas el otro y finalmente uno de naturaleza administrativa. La conducción política y la gestión del proceso están concentradas en los tres con facultades decisorias: el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)¹³.

El problema para la cuestión que nos convoca reside en el hecho de que dichas instituciones no son tan decisorias como proclama POP. Ellas no están habilitadas para dictar normas - por ejemplo creando un procedimiento aduanero o determinando un derecho antidumping para importaciones extrazona - que se apliquen directamente en el territorio de los estados parte. A lo sumo podrán adoptar una norma común que sea luego incorporada al derecho interno de los estados parte. Pero como vimos en el capítulo previo, todas las normas que afectan al

¹³ POP art. 2.



comercio internacional son dictadas por autoridades nacionales con las consecuencias allí consignadas.

Para evitar esa situación, el Mercosur debería contar con algunas autoridades que adopten normas que sean directamente aplicables en los estados parte. Y para ello, los estados deberían atribuir competencias propias en favor de autoridades ubicadas en un plano supranacional. Algo que nunca pudieron concretar por sus temores frente al "fantasma" de la supranacionalidad. ¿En verdad adoptar instituciones supranacionales implica riesgo de perder soberanía? ¿Tal fue el caso de la Unión Europea donde se adoptaron instituciones supranacionales de gran envergadura?

Desde ya adelanto mi postura: los estados no pierden soberanía. En todo caso, atribuirán el ejercicio de más o menos funciones en favor de una autoridad común. Pero nunca atribuirán su titularidad. Los estados detentan la titularidad de las competencias y pueden reasumir el ejercicio de las mismas cuando, por ejemplo, se retiran del acuerdo o modifican el tratado. Por lo tanto no hay pérdida de soberanía. A lo sumo, surgen mayores deberes de coordinación entre estados.¹⁴

En consecuencia, el fantasma de la supranacionalidad no debiera ser tal. Los países del Mercosur debieran reformular su enfoque sobre la noción de la soberanía. Dejar de lado aquellas visiones surgidas después de la Paz de Westfalia, cuando los que luego se transformaron en los estados nacionales europeos concentraron poder en cabeza de sus monarcas poniendo fin a ciertas prerrogativas "supranacionales" del Papa y del emperador del Sacro Imperio Romano Germánico. Urge abandonar aquellas visiones dogmáticas de la soberanía que ya no aplican en el S XXI.

Argentina y Paraguay han dado pasos desde hace tiempo para habilitar la posibilidad de participación en organizaciones internacionales de naturaleza supranacional.¹⁵ Tal no ha sido el caso de Brasil y Uruguay.

¹⁴ Para ampliar sobre esta cuestión recomiendo GONZÁLEZ FLAVIO FLOREAL en "MERCOSUR: incompatibilidad de sus instituciones con la necesidad de perfeccionar la unión aduanera. Propuesta de cambio" en "Integración & Comercio" editada por BID INTAL, Nº 9, Buenos Aires, 1999.

¹⁵ Constitución Argentina art. 75 inc. 24. Constitución de Paraguay art. 145.



Los incentivos para avanzar en la supranacionalidad nunca estuvieron dados por el moderado peso de los intercambios comerciales intrazona. Por el contrario, se ubican en el plano extrazona, especialmente, si queremos transformar al Mercosur en un sujeto de derechos eficaz para enfrentar los desafíos del nuevo escenario internacional. Un escenario en el que nuestros países ocupan una situación periférica frente a las grandes cadenas de valor que están desarrollándose alrededor de EEUU, Alemania (UE) y China. Para moderar nuestra irrelevancia, deberíamos potenciar nuestras posibilidades, por ejemplo, como grandes proveedores de alimentos utilizando la plataforma Mercosur. Sin embargo, nunca podremos lograrlo si no damos un salto cualitativo en nuestra percepción anacrónica de la soberanía

