

Mercosur y los tribunales nacionales: descubriendo la competencia inter-institucional

Marcelo Javier Oviedo *

INTRODUCCIÓN

El proceso de integración económica requiere la eliminación de ciertas normas legales y la creación de otras; es decir, el Mercosur es al mismo tiempo un proceso de desregulación y rerregulación llevado a cabo con el fin de crear un mercado ampliado. En este proceso, los tribunales nacionales están llamados a desempeñar un papel esencial, pues ellos tienen una importante influencia en la definición de los perfiles de los mecanismos de reemplazo de las reglas nacionales por las reglas comunes.

El modesto objetivo de este trabajo es analizar la situación y comportamiento de las más altas cortes nacionales en un proceso de integración. En particular, este estudio intenta evaluar la influencia de las decisiones de los tribunales supremos sobre el diseño institucional y la efectividad de las normas del Mercosur. Para ello compararemos las experiencias de la Comunidad Europea (CE) y el Mercosur, a fin de identificar cuáles son las más importantes decisiones que los tribunales nacionales deben adoptar y las implicaciones institucionales que estas decisiones conllevan.

El problema central: ¿cómo se definen las preferencias y las funciones de los tribunales nacionales en un proceso de integración?

Quizá la mejor forma de plantear el problema que se quiere analizar en este trabajo sea preguntándose ¿quién decide quién regulará el mercado común?

Evidentemente, y aún cuando la formulación de la pregunta parezca demasiado sencilla, en definitiva nos estamos preguntado quién es la máxima autoridad en el proceso de integración. Una autoridad que se impondrá a los Estados, órganos comunes, administraciones, grupos económicos y sociales, y a simples individuos.

Con el objetivo de elaborar una respuesta a este interrogante dos proposiciones preliminares serán sometidas a examen:

- los tribunales nacionales favorecen los diseños institucionales que menos menoscaban su situación institucional y sus competencias, estas preferencias

* Dedicado a la memoria del Dr. Marcello Buzonetti, Secretario General del EUI - 1976/1995.

** Abogado. Investigador del European University Institute, Florencia, Italia. El presente trabajo es parte de un proyecto de investigación más amplio que compara las respuestas de los tribunales nacionales a los procesos de integración en Europa y Mercosur. El Ministerio de Relaciones Exteriores Italiano y el Instituto Universitario Europeo han brindado la necesaria ayuda financiera.

El autor desea agradecer la constante inspiración y apoyo de los profesores Augusto Morello y Eduardo Oteiza. Muchas de las ideas expuestas en este estudio han sido mejoradas gracias a los comentarios críticos de los profesores Renaud Dehousse, Francis Snyder, Phillippe Schmitter, Werner Baer, Neil Komesar, David Trubek, Alec Stone, Walter Mattli y de mis colegas Dr. Miguel Poiares, Dr. Alberto Gil Ibañez, Dr. Leone Niglia, Dr. Rien Wagenvoort, Dr. Christian Upper, Debra Matier, Mariano Aguas, Agustín Menendez, Andrés Malamud e Ireneo Moras. Sin perjuicio de ello, todos los errores y debilidades de opinión restantes son responsabilidad exclusiva del autor.

se expresan por medio de decisiones judiciales que incrementan o disminuyen la efectividad del sistema.

Esta primera proposición se basa en un argumento realista: un cálculo de poder. Sin embargo, debe señalarse que esta primera aproximación al problema puede ser condicionada por una proposición fundada en el enfoque funcionalista, es decir por el hecho que:

- el proceso de integración genera déficits en las capacidades funcionales de los tribunales nacionales, y, como consecuencia, éstos son incapaces de resolver adecuadamente problemas legales esenciales.

El análisis del grado de certeza de estas dos proposiciones nos brindará algunos elementos para tratar de dilucidar las preferencias y explicar los comportamientos de los tribunales nacionales en el proceso de integración. A fin de testear estas proposiciones, es necesario estudiar: (a) los incentivos y determinantes de las actitudes de los tribunales nacionales hacia el proceso de integración; y (b) los límites de la influencia de los tribunales nacionales en los procesos de integración. Para explorar estos territorios este trabajo provee algunas herramientas teóricas. Con ese objetivo, la Sección I delinea el fenómeno de la competencia entre instituciones y modela el rol de los tribunales nacionales en el escenario de la integración; mientras que la Sección II realiza una comparación de las diversas respuestas al proceso de integración generadas por los tribunales de la CE y el Mercosur, identifica los principales riesgos de un sistema en el cual la competencia entre instituciones es irrestricta y delinea una posible prospectiva del desarrollo institucional del Mercosur.

I. LA INTEGRACIÓN Y EL FENÓMENO DE LA COMPETENCIA ENTRE INSTITUCIONES

La eficacia de las normas necesarias para el establecimiento del mercado común depende de una compleja interrelación entre los procesos de creación e implementación de normas comunitarias¹. El grado de éxito de un proceso de integración está determinado por un difícil ejercicio de atribución de competencias y poderes a diferentes órganos que ejercitan funciones de creación y ejecución de normas y se encuentran ubicados en diversos puntos de los ejes verticales y horizontales del edificio institucional. El resultado del proceso de integración está, por lo tanto, atado al uso que los diferentes órganos hagan de sus poderes. De este postulado es posible derivar algunas premisas útiles.

La primera premisa de este estudio es que, en esquemas de integración, los procesos de creación e implementación de normas son interdependientes. Esta premisa puede no ser pacíficamente aceptada, debido a la usual tendencia a atribuir bastante autonomía e independencia a ambos procesos. De hecho, a primera vista, suele sostenerse que los tribunales nacionales tienen una fuerte influencia en el proceso de implementación de normas comunitarias, pero tienen, sin embargo, poca influencia directa en la fase de diseño, negociación y creación de las

1. El término "implementación" es usado en este ensayo en un sentido amplio, comprendiendo la aplicación, supervisión y ejecución forzada de normas.

mismas. En otras palabras, los gobiernos (léase, los PENs) parecen monopolizar la fase de creación de políticas y normas comunitarias, mientras que los tribunales parecen concentrarse solamente en el control (o al menos tienen la última palabra) en el proceso de implementación de normas comunitarias. Aunque esta simple división del trabajo tiene fundamentos constitucionales (cuyos orígenes se remontan a los postulados de la Revolución Francesa, de allí su popularidad), estudios seminales han puesto de manifiesto que esta percepción de la dinámica institucional de los procesos de integración es demasiado simple e inadecuada². Con el objetivo de continuar esta línea de pensamiento, este trabajo intenta demostrar que la interdependencia entre los procesos de creación e implementación de normas ya ha producido palpables efectos en la estructura institucional del Mercosur.

La segunda premisa es que, en todo proceso en el que deben necesariamente reordenarse y atribuirse competencias se crea un proceso competitivo entre instituciones³. En el proceso de construcción del mercado común, algunos poderes son usualmente atribuidos a los órganos comunes, mientras que otros poderes son retenidos por los Estados miembros. Los Estados miembros, como autoridades delegantes, retienen también el poder de supervisar el funcionamiento de las instituciones creadas para alcanzar los objetivos comunes. Los órganos del proceso de integración, como unidades con poderes delegados, tienen generalmente márgenes de maniobra limitados. Sin embargo el sistema no es estático, en consecuencia los procesos por los cuales algunos actores públicos⁴ obtienen cierto margen de discreción y comienzan a condicionar las opciones y los comportamientos de otras instituciones son el tema principal de este estudio. Este trabajo intenta demostrar que, en un proceso de integración, el principal incentivo que lleva a la “liberación” de algunas instituciones, por un lado, y condiciona el comportamiento de los Estados miembros, por el otro, es una persistente tendencia hacia la competencia entre los diferentes actores públicos tanto a nivel nacional como internacional.

A. La competencia entre instituciones: ¿entre quiénes y por qué?

1. Competencia horizontal y vertical

En esquemas de integración, procesos competitivos entre instituciones pueden aparecer en sistemas jerárquicos o anárquicos (en el sentido de no tener una autoridad común y de disfrutar de autonomía decisional). En ambos

2. Weiler, J.H.H, “The Dual Character of Supranationalism”, *YEL*, Volumen 1, 1981, página 267; Rassmusen, H., *On law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

3. Llamamos la atención del lector sobre el hecho de que en este ensayo el término competencia, en diversos pasajes, es usado en sus dos posibles sentidos: (a) como medida de jurisdicción o poder; y (b) como disputa con vistas a alcanzar un objetivo.

4. El concepto de actor público incluye en este trabajo las instituciones con capacidad de creación y ejecución de normas en el grupo, es decir aquellas que definen los patrones legales generales de interacción en el mercado común. Dentro de esta categoría cabe incluir los órganos y agencias del Estado y del proceso de integración.

casos, actores públicos compiten por los poderes y competencias para definir en el grupo los patrones de interacción políticos, sociales y económicos. Actores públicos compiten a fin de obtener la capacidad de decidir (o al menos influir sobre el proceso de adopción de) las medidas que atribuyen costos y beneficios del proceso de integración de la manera más favorable a sus miembros-electores o miembros-constituyentes.

La competencia entre instituciones puede ser horizontal o vertical⁵. En sistemas que permiten la competencia horizontal (es decir, aquellos que no tienen un último árbitro que define las competencias), actores públicos que actúan al mismo nivel compiten a fin de mantener y consolidar sus funciones, y proveer al bienestar de sus miembros-electores⁶. En grupos que permiten la competencia horizontal, el mayor problema es que existe una fuerte tendencia a aprovechar los beneficios comunes sin pagar los costos y, por lo tanto, imponer externalidades negativas en otros miembros del grupo. Como la competencia horizontal puede ser perjudicial para miembros interdependientes, mecanismos básicos que aseguren un mínimo equilibrio en el sistema deben ser puestos en funcionamiento. Estos mecanismos deben asegurar que actores públicos que actúan al mismo nivel apliquen las soluciones que (a) permitan mantener o incrementar sus capacidades regulatorias y el bienestar de sus miembros-electores y (b) no quiebren la estabilidad y jerarquía de los sistemas que otorgan a estos mismos actores públicos sus competencias. La competencia horizontal acentúa la necesidad de instituciones comunes para manejar el problema de la coordinación entre actores públicos. La principal función de estas instituciones es recomendar, informar, planificar, etc⁷. Como los actores públicos están al mismo nivel, las directivas comunes tienen un efecto vinculante relativo, por lo tanto, el cumplimiento de las directivas comunes deviene una cuestión crítica. En procesos de integración que permiten la competencia horizontal, un alto nivel de coordinación es necesario desde que muchas medidas tienen consecuencias directas sobre otros miembros del grupo. Aun manteniendo su carácter consensual, este tipo de sistema necesita de mecanismos que aseguren que las decisiones de los actores en todas las jurisdicciones incluirán siempre las preferencias de otros actores públicos y las preferencias de sus miembros-electores. El desempeño de estos sistemas,

5. Trachtman, J.P., "International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction", en *Harvard International Law Journal*, Volumen 34, 1993, páginas 51-53; Gerken, L., "Institutional Competition: An Orientative Framework", en el mismo autor (ed.), *Competition among Institutions*, Mac Millan Press Ltd., 1995, páginas 1-31.

6. Ver, Kitch, E. W., "Regulation and the American Common Market", en D. Tarlock (ed.), *Regulation, Federalism, and Interstate Commerce*, Oelgeschlager, Gunn & Hain Publishers, 1981, páginas 9-81; Reich, N., "Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law", en *CMLRev.*, Volumen 29, 1992, páginas 861-896; Charny, D., "Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities", en *Harvard International Law Journal*, Volumen 32, 1991, páginas 423-456.

7. Milgrom, North & Weingast, "The Role Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Privates Judges and the Champagne Fairs", en *Economics and Politics*, Volumen 2, 1990, páginas 18-21.

en los cuales cada actor tiene competencias fragmentadas, depende de la aceptación de ciertos límites básicos a la autonomía decisional de los actores públicos. El reconocimiento de estos límites, más allá de los cuales las cargas y las externalidades negativas impuestas sobre otros miembros del grupo son inaceptables, es un elemento básico en la formación de la estructura legal del proceso⁸.

La competencia vertical emerge en sistemas jerárquicamente organizados. En procesos de integración, actores públicos en diferentes niveles de decisión compiten para decidir o demostrar cuál es la más eficiente institución para organizar las relaciones políticas, económicas y sociales dentro del mercado común⁹. Aunque en este caso no existe un desafío directo a la estructura jerárquica del sistema, el resultado es una redistribución de facto de funciones¹⁰. Lo que los actores públicos tratan de ganar es poder de decisión, el cual, aunque sujeto a posibles recursos jerárquicos, se ejercita sobre la base de un mejor y más eficiente uso de capacidades regulatorias. Por lo tanto, cuando una decisión es discutida, su oportunidad, conveniencia y validez serán juzgadas no sólo sobre la base de su legalidad, sino principalmente de su eficiencia¹¹.

Los procesos de integración son sistemas que contienen tanto estructuras jerárquicas como no-jerárquicas, sea al nivel nacional o internacional. Por esta razón, algunos actores públicos pueden ser presionados para ceder sus competencias por fuerzas redistributivas tanto verticales como horizontales. Siendo este fenómeno nada más que otra expresión del proceso de desintegración de ciertas estructuras de gobierno íncito en todo proceso de integración.

2. Los tribunales, la integración y los procesos competitivos

Las condiciones en las que los tribunales nacionales “compiten” deben ser cuidadosamente definidas. Los tribunales son básicamente cuerpos “pasivos” cuya principal función es la de resolver conflictos y controlar la legalidad de los actos de gobierno. A diferencia de los PENs y los congresos, los tribunales no deben diseñar políticas generales o leyes para promover el bienestar de sus electores; los tribunales no participan “activamente” en la formación de las estrategias y políticas de Estado a fin de alcanzar objetivos coyunturales, a mediano o a largo plazo. Por el contrario, los tribunales participan “pasivamente” en el proceso de gobierno¹²: los tribunales reaccionan a impulsos. Cuando un conflicto debe ser resuelto, los tribunales se manifiestan a través de los

8. Benson, B. L., “Competition among Legal Institutions: Implications for the Evolution of Law”, en Gerken, L. (ed.) *Competition among Institutions*, 1995, páginas 153-175.

9. Trachtman, *op. cit.*, páginas 98-101; Kitch, *op. cit.*, página 36 *et seq.*

10. Un buen ejemplo de este fenómeno, pero en el campo del arbitraje comercial internacional, puede verse en Dezalay, Y. y Garth, B., “Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes”, en *Law and Society Review*, Volumen 29, 1995, páginas 27-65. Ver, Gerken, L., *op. cit.*, páginas 19-23; Woolcock, S., “The Single European Market - Centralization or Competition among National Rules”, *WP Royal Institute of International Affairs*, 1994, página 18.

11. Por eficiencia se entiende la mejor asignación de recursos a fin de maximizar el valor perseguido. Sobre el tema ver, Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, Fourth Edition, Little, Brown and Company, 1992, Capítulo I.

12. Este es el modelo predominante en el cono sur, ya que modelos más “politizados” de cortes como el *Conseil Constitutionnel* francés o la *House of Lords* inglesa no han sido seguidos en nuestras latitudes.

procedimientos legales para la producción de decisiones judiciales. Los tribunales resuelven “el caso”, sin embargo, las sentencias judiciales frecuentemente tiene implicaciones políticas que van más allá del litigio particular.

El proceso de integración coloca a los tribunales en una situación muy exigente. Puede sostenerse que, en procesos de integración, los tribunales son llevados por las políticas de Estado (en la formación de las cuales han tenido limitada influencia) a un complejo escenario. Este escenario es la arena de la integración, en donde las reglas aún no son claras y las posibilidades de interdependencia entre actores públicos se multiplican. La arena de la integración cuestiona inclusive la conveniencia de involucrar a los tribunales nacionales en la resolución de los conflictos comerciales regionales¹³.

Los procesos de integración también cuestionan presupuestos básicos del poder judicial, es decir, resaltan debilidades estructurales de los procesos judiciales nacionales. Dos características son particularmente relevantes. La primera es que usualmente es difícil asegurar que los tribunales nacionales serán completamente independientes cuando resuelvan conflictos que involucren intereses de extranjeros. En especial, la independencia judicial no estará asegurada si la decisión puede beneficiar a intereses o sectores nacionales y su costo será pagado mayor o exclusivamente por extranjeros. Esta estrategia, aunque rentable en primera instancia, tiene resultados muy insatisfactorios en el largo plazo, en especial cuando los Estados están involucrados en asociaciones internacionales de cooperación de duración indeterminada. La segunda característica es que la ausencia de normas claras y preexistentes, y en particular el incierto efecto y rango dentro de los ordenamientos nacionales de las escuetas normas internacionales, deja a los tribunales nacionales en muchos casos sin más opción que “crear” el derecho necesario. Este margen de discreción judicial puede generar en algunos actores la creencia que el proceso judicial nacional es una arena en la cual las fuerzas y presiones políticas, más que las normas y principios legales, determinan el resultado del litigio.

Sin embargo, el proceso judicial ha sido diseñado de manera de disminuir los efectos de las fuerzas políticas. Es importante repetir que los tribunales son básicamente cuerpos “reactivos”; solamente actúan cuando son llamadas a cumplir su función. A esta característica debemos agregar que los tribunales son órganos mal equipados para mantener una constante lucha por mayores competencias. En muy pocas ocasiones los tribunales parecen ocupar territorios que generalmente no les pertenecen. Estos casos comprenden usualmente situaciones en las cuales los órganos políticos han sido incapaces de (o reticentes a) crear la necesaria regulación. En estos casos los tribunales actúan como simple “provocadores” de soluciones legales¹⁴. Queda claro que los

13. De hecho, los tribunales no son los únicos agentes capaces de resolver conflictos transnacionales. Desde siempre comparten este privilegio con los mediadores, árbitros y otros métodos alternativos de resolución de conflictos internacionales.

14. Ver en particular, Alter & Meunier-Aitsahalia, “Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision”, en *Comparative Political Studies*, Volumen 24, 1994, página 555 *et seq.* Tal vez la causa *Sejean* sobre divorcio sea el mejor ejemplo de este fenómeno en el ámbito nacional.

tribunales son renuentes a tomar decisiones que van más allá de sus competencias. Pueden aceptar cubrir vacíos legales dejados por la inacción legislativa, pero usualmente muestran deferencia a las posteriores decisiones y elecciones políticas hechas por los legisladores. A pesar de ello, existen ocasiones en las que los tribunales parecen estar dispuestos a participar en el proceso de competencia entre instituciones. Cuando la dinámica del proceso de integración los ubica ante el dilema de que su propia pasividad podría derivar en la pérdida de sus poderes y competencias, entonces los tribunales compiten.

Los tribunales no participan en el proceso de competencia por poderes de regulación¹⁵. Los tribunales son funcionalmente incapaces de participar en este proceso, porque, en primer lugar, carecen de la capacidad legisferante que les permitiría crear un marco legal completo y, segundo, no tienen electores-miembros que satisfacer. De hecho, los tribunales prefieren permanecer fuera de las complicaciones del proceso legislativo y celebran la existencia de normas claras y estructuras legales coherentes y completas que facilitan su ya sobrecargada labor.

¿Entonces, de que manera compiten los tribunales?

En esquemas de integración, la mayor influencia de los tribunales está fundada en la posibilidad de establecer límites legales a la competencia por poderes de regulación entre órganos reguladores. A fin de fijar estos límites los tribunales crean reglas y principios básicos, pero no un completo marco regulatorio, el cual sólo puede ser desarrollado por los otros poderes y agencias. En el proceso de integración los tribunales pueden contribuir solamente a la consolidación de una delicada obra de ingeniería institucional en el cual las decisiones judiciales tienen la función y la relevancia de las partes fundacionales.

¿Cómo limitan los tribunales el proceso de competencia entre órganos reguladores y su consecuencia, tal es, la competencia entre normas legales?

Esta tarea es realizada a través de la fijación de límites básicos legales a las capacidades de generación de normas de los órganos reguladores. Estos límites legales pueden ser desde simples exámenes de validez de normas hasta declaraciones de derechos fundamentales. El test utilizado por los tribunales para intervenir en el proceso de integración nos ayuda a apreciar el grado de compromiso con la empresa común y los diseños institucionales que éstas favorecen.

B. La competencia y la cooperación entre tribunales en el Mercosur

1. Patrullando las fronteras

Los Estados miembros del Mercosur deben ser capaces de manejar, *inter alia*, una tensión interna: crear negocios e incentivos a las inversiones sin distorsionar la organización del mercado común. Los tribunales nacionales deben a su turno participar en el proceso nacional de gobierno y al mismo tiempo asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales. En este

15. Como ha sido señalado, el proceso de competencia por poderes de regulación (*regulatory competition*) consiste en la disputa entre órganos reguladores por la imposición de las estructuras legales más favorables a sus miembros-electores.

trabajo se sugiere que, en ciertas coyunturas, los tribunales nacionales se verán obligados a asegurar la aplicación de las normas y principios del proceso de integración aun en contra de la voluntad de los órganos políticos nacionales.

Tres principales motivos o incentivos guían a los tribunales a intervenir de una manera eficiente en el proceso de integración. El primero de ellos es el interés propio de los tribunales. Al momento que los tribunales deciden ejercer el control judicial de las normas nacionales inconsistentes con los compromisos internacionales, también se aseguran cierta influencia en materia de integración. De esta manera, los actores públicos del proceso no pueden ignorar los intereses y las preocupaciones de los jueces. Sin embargo, el interés propio de los jueces no asegura una constante y comprometida participación de los tribunales en el proceso. De hecho, si sus poderes y competencias no están en discusión, los tribunales pueden muy bien retirarse a cumplir tareas más modestas.

El segundo incentivo sigue una lógica funcional. Como respuesta a la inicial, aunque tímida intervención de los tribunales en el proceso de integración, los individuos buscarán crecientemente la protección de los tribunales contra reglamentaciones nacionales que consideren inconsistentes con las obligaciones internacionales. En los casos de graves violaciones de los compromisos internacionales, los tribunales encontrarán dificultoso mantener un perfil bajo en asuntos de integración. Tan pronto como algunos derechos individuales sean clarificados por los tribunales, los individuos verán cristalizadas sus iniciales expectativas de reglas claras en el proceso de integración. Consecuentemente, los individuos presentarán más casos con ramificaciones vinculadas a la integración ante los tribunales a fin de identificar y luego materializar sus derechos. En la medida en que estas decisiones judiciales codifiquen las expectativas de los operadores del mercado ampliado y se transformen en reglas confiables y ejecutables, generarán también una reducción en los costos de transacción en los negocios transnacionales. El incremento de negocios transnacionales generado por la existencia de reglas claras y ejecutables, hará más visible las inconsistencias legales de los sistemas nacionales y los tribunales se verán de una manera creciente envueltas en cuestiones de integración. Como las cuestiones también incrementarán su complejidad, los tribunales deberán contemporáneamente resolver el problema de la coordinación de la interpretación legal entre las diferentes jurisdicciones.

El tercer aliciente de los tribunales nacionales para asumir facultades de control, intervenir eficientemente y coordinar sus soluciones es nuevamente el interés propio. Si los tribunales demuestran no estar preparados para brindar las soluciones legales que contribuyan a mejorar el desempeño económico del proceso de integración, el consenso político en el grupo podría adquirir suficiente *momentum* como para autorizar la creación de un órgano supranacional que resuelva el problema de la coordinación judicial y de la interpretación legal uniforme. En otras palabras, los tribunales nacionales tienen incentivos para brindar, en cada disputa entre individuos y órganos gubernamentales, la solución que asegure un funcionamiento óptimo del mercado común; porque de otra manera, los poderes y competencias de los tribunales nacionales podrían ser

restringidos a fin de crear una corte internacional y, como consecuencia, la hegemonía legal nacional de los tribunales supremos será discutida.

El grave problema que enfrentan los tribunales nacionales es que, debido a sus propios límites materiales, no están en condiciones de proveer todas las soluciones judiciales necesarias. A fin de entender las razones de este déficit funcional, es necesario tener una clara visión de las complejidades de la arena de la integración y de los modelos disponibles para regular las interacciones sociales, económicas y políticas entre individuos y actores públicos en un proceso de integración. Un breve repaso a estos elementos nos ayudará luego a dilucidar las capacidades y límites de los tribunales nacionales y a distinguir sus preferencias.

2. La compleja arena del proceso de integración

Bajo el régimen de un proceso de integración, los tribunales nacionales están llamados a definir nuevos patrones legales de interacción entre actores públicos y privados. Con el incremento de los negocios transnacionales, los tribunales enfrentan una creciente demanda de reglas de juego claras y justas que regulen las relaciones impersonales. Si los tribunales nacionales desean mantener su posición institucional, deben demostrar que están entre las mejores instituciones que pueden resolver los problemas legales generados por la integración económica a través de un sistema descentralizado de toma de decisiones, que asegure un ambiente legal confiable a los actores que contribuyen a un mejor desempeño económico de los Estados que llevan a cabo el proceso de integración. Los tribunales tienen también que demostrar que pueden funcionar eficientemente no solamente con relación a sus propios gobiernos, sino también con los gobiernos y cortes de los otros Estados del grupo. Es decir, tienen que establecer de una manera clara las nuevas reglas del juego, definiendo, resguardando y ejecutando las normas del proceso de integración juntamente con los tribunales de otros Estados miembros. Este es un desafío colosal.

Adolescentes de un mecanismo judicial común, los tribunales nacionales del Mercosur deben crear, fortalecer y completar el orden legal del mercado común. La tarea encomendada a los tribunales es muy difícil, pero los tribunales tienen algunas ventajas comparativas sobre posibles instituciones alternativas. La experiencia de la CE ha demostrado claramente que los tribunales nacionales continúan siendo los órganos mejor calificados para obligar a gobiernos reticentes a cumplir las obligaciones internacionales asumidas. Sin embargo, a fin de hacer posible esta tarea, los sistemas judiciales nacionales deben asegurar tres elementos básicos: (a) el acceso a la justicia de partes privadas; (b) soluciones judiciales predecibles; y (c) un adecuado sistema de remedios judiciales¹⁶. En un sistema que permite la competencia entre instituciones, el desafío es asegurar estos factores básicos de manera coordinada. Con este fin, los tribunales nacionales deben acertar un dificultoso balance en tres dimensiones; es decir, para mantener sus posiciones institucionales, los

16. Sherwood, R., Shepherd, G. & De Souza, C. M., "Judicial System and Economic Performance", en *The Quarterly Rev. of Economics and Finance*, Volumen 34, 1994, páginas 101-116.

tribunales nacionales están forzados a cooperar y competir en tres diferentes niveles que se superponen.

Uno de los niveles es el ámbito judicial; los tribunales deben cooperar con otras cortes. Por supuesto, los principales actores son las altas cortes, pero estas cortes pueden ser crecientemente incentivadas por los tribunales inferiores a cambiar y adaptar las viejas posiciones a las nuevas demandas del proceso de integración. Este fenómeno puede ser significativo en Estados con sistemas descentralizados (o mixtos) de control de constitucionalidad, como Argentina y Brasil. Por otro lado, académicos y abogados, a través de sus artículos, escritos y quejas, pueden contribuir a generar una conciencia judicial de la necesidad de reglas claras y ejecutables en el proceso de integración. A este nivel, los “diálogos” legales y el razonamiento legal serán los instrumentos que desarrollarán el “nuevo orden legal”.

El segundo nivel es el ámbito nacional. Aquí los tribunales interactúan con los demás órganos y agencias del Estado. La ejecución judicial efectiva de las obligaciones internacionales debería incentivar a los órganos creadores de normas a volverse más sensibles a los intereses de los individuos y sectores afectados por el fracaso en la normal implementación de los objetivos comunitarios. Sin embargo, el análisis de la resolución de este tipo de conflictos a nivel nacional debe tener en cuenta el conflicto de intereses inmanente en ellos. Por un lado, el poder judicial parecería ser menos competente que el poder político para tratar las relaciones internacionales y, por lo tanto, podría naturalmente aparecer como renuente a producir una decisión contraria a los designios del gobierno. Por otro lado, la estabilidad misma del sistema político se basa en la habilidad de los poderes del Estado de controlarse unos a otros y en la capacidad del sistema de asegurar a los actores privados reglas y procesos confiables para conducir sus negocios. El dilema entonces debería resolverse sosteniendo que es en el interés del “Estado”¹⁷ el hecho de asegurar la credibilidad internacional. Consecuentemente, los tribunales tienen un motivo institucional para controlar el abuso de la confianza pública por parte de funcionarios del Estado. Desdichadamente, a diario vemos que esta dialéctica tiene límites materiales, por lo cual, los potenciales límites al control judicial nacional de actos gubernamentales deben ser tomados seriamente en cuenta¹⁸.

Finalmente, una visión sistémica es necesaria para completar el cuadro. Dentro del escenario ampliado de la integración, los tribunales influyen sobre las acciones de muchos actores y agencias. En Sudamérica, los operadores económicos han sido usualmente sujetos a regulaciones nacionales que han sido el resultado de políticas largamente discrecionales. Sin embargo, en el actual contexto debe tenerse en cuenta que en procesos de integración que

17. Debe señalarse que el interés del Estado es un término más comprensivo que el del interés del gobierno o del congreso.

18. Ver *infra*. Sección II.B.2. Ver, en general, Rosenn, K., “The Protection of Judicial Independence in Latin America”, *The University of Miami Inter-Am. Law Review*, Volumen 19, 1987, páginas 1-35; Fiss, Owen, “The Limits of Judicial Independence”, *The University of Miami Inter-Am. Law Review*, Volumen 25, 1993, páginas 57-76.

facilitan el movimiento de consumidores e inversiones, algunos actores privados ganan un margen ostensible de influencia sobre las políticas públicas a las cuales serán sometidos. De hecho, estos actores pueden “votar con los pies” y “salir” de los sistemas en los cuales las reglas no son claras o son inejecutables. En otras palabras, diversos operadores económicos, dentro de los límites impuestos por sus actividades económicas, pueden seleccionar regulaciones (*regulatory arbitrage*), esto es, elegir la mejor ubicación para sus negocios de acuerdo al ambiente legal nacional. A fin de mejorar el desempeño económico del grupo, la función de los tribunales nacionales en este escenario es promover la responsabilidad cívica en todos los miembros de la sociedad y niveles de gobierno. Básicamente, esto requiere el establecimiento de reglas esenciales de tratamiento imparcial, las cuales proveerán la plataforma desde la cual las relaciones impersonales con extranjeros podrán ser conducidas con confianza. Reglas imparciales y ejecutables promoverán actividades que no estarán confinadas dentro de los límites nacionales, provinciales, municipales, grupales, étnicos, asociacionales o familiares. De esta manera, las actividades transnacionales favorecidas por la integración pueden finalmente florecer.

Los patrones de interacción entre los tribunales, y entre los tribunales y otros actores públicos y privados, están siendo actualmente definidos en el Mercosur. El desafío presentado a las cortes nacionales es inmenso; éstas tienen que contribuir a crear los mecanismos institucionales que: (a) aseguren la coordinación judicial; (b) incentiven a los jueces a controlar las acciones gubernamentales que dificultan u obstruyen el proceso de integración; y (c) promuevan la seguridad jurídica y la creación de las reglas más eficientes. Como al comienzo del proceso las cuestiones en juego no son totalmente claras, es previsible que los tribunales nacionales se tomen un tiempo para analizar y evaluar sus posibles alternativas. Las elecciones de los tribunales influirán fuertemente sobre el diseño institucional del Mercosur, porque en la ausencia de una corte común serán ellos quienes finalmente decidirán qué poderes pueden ser válidamente ejercidos por las autoridades nacionales, qué poderes han sido atribuidos a los órganos comunes, y cuál es el ámbito de libertad garantizado a los operadores privados del mercado. Para entender la implicancias institucionales de las decisiones que deben adoptar los tribunales, necesitamos elementos conceptuales adicionales.

C. Las posibles estrategias regulatorias: los modelos descentralizado, competitivo y centralizado

El modelo de regulación de mercado descentralizado, el modelo competitivo y el modelo centralizado son soluciones que pueden ser aplicadas en diferentes áreas del proceso de integración¹⁹. Las decisiones de los tribunales nacionales pueden favorecer cualquiera de ellos.

19. Estos diferentes modelos y sus impactos en el funcionamiento de la Unión Europea fueron cuidadosamente analizados por Miguel Poiars Maduro en su tesis doctoral *We the Court*, EUI Law Department, Junio, 1996.

1. El modelo descentralizado

El modelo descentralizado está basado en dos normas básicas: (a) los Estados retienen el poder regulatorio, pero (b) éste no puede ser usado para discriminar en contra de personas o productos extranjeros. A fin de aprovechar las economías de escala, la regla esencial de operación del modelo descentralizado es la no-discriminación, la que permite a los operadores del mercado tener un libre acceso a todos los mercados²⁰. Aunque cada Estado decide individualmente el esquema regulatorio nacional, el modelo descentralizado está todavía expuesto a fuerzas competitivas. A fin de modificar los marcos regulatorios nacionales, las fuerzas competitivas actúan directamente sobre la estructura del Estado, que es la entidad que monopoliza los poderes regulatorios. Cambios en las regulaciones pueden ser requeridos tanto por productores como por consumidores. Para los productores, por ejemplo, pueden ser necesarias modificaciones a fin de poder competir en mercados con estándares inferiores y, por lo tanto, con menores costos de producción. Para los consumidores, algunos ajustes pueden ser necesarios, *inter alia*, para mejorar la calidad y el precio de los bienes, y los niveles de protección del consumidor. Como cada Estado y mercado tienen sus propias regulaciones, el proceso de competencia entre los diferentes mercados depende enteramente de la movilidad de los consumidores y los productores. De hecho, la elección dejada a los consumidores y productores es únicamente en qué mercado comprarán o fabricarán sus productos. Por el contrario, los Estados tienen un amplio margen de maniobra para definir los esquemas regulatorios aplicables a todos los operadores nacionales, siempre que no discriminen abiertamente en contra de personas o productos extranjeros, por ejemplo, estableciendo condiciones más estrictas que las aplicadas a los nacionales. El más ardiente defensor del modelo descentralizado como herramienta para promover el libre comercio es Kitch, quien propuso que:

“(...) el hecho de que exista una descentralización del poder sobre las leyes y las prácticas gubernamentales que afectan el comercio no significa que no habrá libre comercio. El libre comercio entre unidades descentralizadas resultará de la cooperación voluntaria, motivada por el hecho de que el libre comercio producirá mayor riqueza para compartir. En el corto plazo, esta vía al libre comercio podría causar bastante inestabilidad en la negociación, debido a que cada jurisdicción tratará de fortalecer su posición en la negociación a través de alardes, amenazas, o medidas directas. Sin embargo, en el largo plazo, este sistema podría proveer más libre comercio que la centralización del poder porque crea más incentivos en cada jurisdicción a fin de promulgar reglas eficientes, sea para el mercado interno o externo”²¹.

En procesos de integración con marcadas asimetrías entre sus miembros, la implementación de un modelo descentralizado no llevará necesariamente a

20 Reich, N., *op. cit.*, página 866; Poiares Maduro, *op. cit.*, página 334.

21. (Traducción del autor) Kitch, E., “Regulation and the American Common Market”, en Tarlock, A. D. (ed.), *Regulation, Federalism and Interstate Commerce*, Oelgeschlager, Gunn & Hain Publishers, 1981, páginas 13-14.

la creación de las reglas más eficientes, sino a la imposición de las reglas aplicables en los miembros con mercados de mayor tamaño. En un esquema de integración gobernado por el principio de no-discriminación, los estándares estipulados en los Estados con grandes mercados internos influirán fuertemente en la definición de los estándares aplicados en los pequeños miembros, desde que el acceso a los grandes mercados estará condicionado al cumplimiento de las regulaciones locales. Es claro que esta circunstancia generará presiones en los pequeños Estados con bajos estándares a fin de elevar sus estándares con vistas a ganar acceso a los mercados de los grandes miembros y, en el caso de pequeños estados con altos estándares, la dinámica será inversa, ya que, la presión será para disminuir los requerimientos legales nacionales a fin de poder competir en los grandes mercados.

Por otro lado, desde que las empresas asentadas en los grandes mercados podrían (a) tener poco interés en penetrar los pequeños mercados, o (b) tener actualmente acceso a estos debido a la existencia de estándares nacionales más elevados, el modelo descentralizado producirá probablemente una “corrida a los estándares del gran mercado”, posea éste los estándares más altos o más bajos. Además, como los estándares legales nacionales son impuestos indiscriminadamente a todos los operadores de mercado nacional, los nacionales de ese mercado no sufrirán discriminación inversa, es decir, la aplicación de regulaciones más estrictas a los productos nacionales. Por lo tanto, no presionarán por un cambio legal. De esta manera, bajo un modelo descentralizado, tanto el poco incentivo para el cambio regulatorio como la falta de un verdadero proceso competitivo en los grandes Estados miembros, no contribuirán a la producción de las normas más eficientes.

Finalmente, debe ser puntualizado que, en el modelo descentralizado, la definición de los estándares es un proceso puramente interno; como resultado, todo cambio legal dependerá del ejercicio de acciones políticas dentro del proceso político nacional, de hacer *lobby* y de las limitaciones fácticas impuestas a los operadores del mercado para elegir la jurisdicción donde quieran establecerse²². Como esta última opción puede tener muy poco impacto, un problema estructural básico de los sistemas descentralizados es que en el proceso político interno los intereses extranjeros están generalmente subrepresentados.

2. El modelo competitivo

El modelo competitivo propone una mayor dependencia del proceso regulatorio de los incentivos y fuerzas creados por el mercado. En procesos de integración, el elemento distintivo del paradigma competitivo es el principio de reconocimiento mutuo. Sin embargo, en un sistema basado en la competencia, los Estados miembros no necesitan reconocer mutuamente todas las regulaciones de los otros miembros. Aunque los Estados pueden denegar la validez de algunas reglas extranjeras, deben, sin embargo, asegurar que los operadores del mercado disfruten de la mayor libertad de elección entre las diferentes regulaciones nacionales. Si bien algunas reglas podrían ser excluidas

22. Poiars Maduro, *op. cit.*, página 336.

del proceso competitivo, el sistema puede seguir siendo básicamente competitivo. La principal cuestión es entonces en que áreas se compite y de acuerdo a qué principios.

Una vía competitiva para la regulación del mercado de la CE fue insinuada por primera vez en el caso *Cassis de Dijon*²³ del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), y luego refinada en el Libro Blanco de 1985 de la Comisión de la Comunidad Europea (CCE): “Completando el Mercado Interno”²⁴. El objetivo básico de este nuevo método, como anticipado por el TJCE y elaborado por la CCE, fue establecer un nuevo principio general para facilitar la remoción de las barreras técnicas al comercio de bienes y servicios. En el Libro Blanco, la Comisión propuso que “el principio general que debe ser aceptado es, si un producto es legalmente manufacturado y vendido en un Estado miembro, no existe razón para que no sea libremente vendido en toda la Comunidad”²⁵. El método del reconocimiento mutuo requiere todavía la intervención común en ciertas áreas, pero esta intervención común (armonización) está limitada a establecer los estándares obligatorios mínimos, tales como los destinados a la protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente, etc.²⁶. En aquellas áreas en las cuales la intervención común es necesaria, los Estados no están impedidos de aplicar normas más estrictas a sus propios nacionales, por lo tanto, el modelo competitivo acepta la discriminación inversa²⁷.

23. En esta celebrada sentencia el TJCE declaró que la disposición legal alemana que prohibía la venta de bebidas de una particular denominación porque no alcanzaban un cierto mínimo contenido alcohólico constituía una medida con efectos equivalente a una restricción cuantitativa en las importaciones, lo cual es una restricción prohibida por el Artículo 30 del Tratado de la CE. Para fundamentar su opinión la TJCE sostuvo:

“No existe (...) una razón válida por la cual, dado que han sido legalmente producidas y vendidas en uno de los Estados miembros, las bebidas alcohólicas no deban ser introducidas en otros Estados miembros”. *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Case No. 120/78, 20 de febrero de 1979 [1979] ECR página 649, para. 14.

24. *Completing the Internal Market*, “White Paper from the Commission to the European Council”, Brussels, 14 June 1985, COM (85) 310 final. Ver también Alter & Meunier-Aitsahalia, *op. cit.*

25. *Libro Blanco*, 1985, para. 58; ver también para. 77. Además, la Comisión declaró que este principio debería, también, ser aplicado a los servicios y a los trabajadores: “si un ciudadano o compañía de la Comunidad cubren los requisitos para operar en un Estado miembro, no existiría una razón válida para que esos ciudadanos y compañías no ejercieran sus actividades económicas también en otras partes de la Comunidad”, para. 58.

26. *Libro Blanco*, 1985, para. 65 & 66.

27. Pareciera que el Mercosur está comenzando a experimentar con el modelo competitivo en algunas áreas. Su más alto órgano político, el CMC, en su Decisión No. 9/95, adoptó el “Programa de acción hasta el año 2000” (Mercosur 2000). Este documento detalla “los objetivos y *approaches* que deben guiar las negociaciones con vistas a fortalecer el esquema de integración”. En el título “Eliminación y armonización de barreras no arancelarias”, el CMC sugiere un modelo competitivo para manejar algunas barreras técnicas dado que, si bien “los reglamentos y las normas técnicas pueden contribuir a una producción eficaz y tecnológicamente avanzada, así como a la protección -entre otras- de la salud humana y del medio ambiente (...) dichos reglamentos y normas técnicas deben ser aplicadas de forma tal que no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado, o una restricción encubierta al comercio”. Por lo tanto, el CMC entiende necesario: “analizar la posibilidad de compatibilizar los sistemas, estructuras y actividades nacionales de evaluación de conformidad, adecuando sus procedimientos y asegurando el reconocimiento mutuo en el Mercosur”. (*Mercosur 2000, Consolidación y perfeccionamiento de la unión aduanera*, para. 1.2.a.)

El complicado texto de la directiva dada por el CMC insinúa que esta declaración es un ajustado compromiso, por lo tanto, su impacto real puede ser limitado.

Cuando es aplicado a un proceso de integración, el modelo competitivo parece disminuir algunos problemas de cooperación presentes en procesos internacionales de toma de decisión y supervisión. Esto se debe a diversos motivos. En primer lugar, los Estados necesitan ponerse de acuerdo solamente sobre reglas y principios obligatorios esenciales, mientras que no necesitan acordar la armonización de regulaciones altamente técnicas y complicadas. De esta manera, el proceso de toma de decisión en el ámbito de la unión es descargado de un difícil peso. En segundo lugar, cada Estado miembro es responsable por la implementación y cumplimiento de sus propios estándares dentro de sus jurisdicciones; por tanto, todo el poder de los mecanismos nacionales de supervisión y ejecución pueden ser utilizados con este fin. El tercer beneficio es que los Estados gozan de cierto margen de autonomía regulatoria; pueden innovar y probar diferentes soluciones y prácticas regulatorias que se adaptan mejor a las situaciones y requerimientos locales. Finalmente, la existencia de diferentes grupos de regulaciones incentiva un proceso de competencia entre normas, en donde las “mejores” reglas son seleccionadas de acuerdo con las necesidades y preferencias de los operadores del mercado, es decir, productores y consumidores, y no a través del proceso político.

Al momento de analizar el modelo competitivo, las más importantes cuestiones son: (a) qué decisiones son dejadas al proceso político; (b) cuáles son las reglas bajo las cuales los actores públicos y privados compiten; y (c) qué decisiones son dejadas a los operadores del mercado. Es necesario comenzar indicando que lo que es dejado dentro del proceso político está definido por el nivel mínimo de armonización acordado. En áreas sometidas al proceso competitivo, los Estados son formalmente libres de regular e innovar, pero esta discrecionalidad regulatoria tiene límites prácticos. Dado que en un modelo competitivo los Estados miembros deben aceptar el ingreso de bienes producidos en otros Estados miembros bajo diferentes regulaciones, estos bienes “importan” sus propias regulaciones y no pueden ser afectados por las regulaciones locales. Por lo tanto, las regulaciones nacionales más estrictas son aplicables solamente a los productos nacionales. Ésto, a su turno, podría llevar a casos severos de discriminación inversa. Como la existencia de regulaciones nacionales más estrictas puede afectar el desempeño económico de los productores locales, los Estados miembros tienen pocos incentivos para elevar los estándares de sus sistemas y, por lo tanto, “una corrida a los niveles más bajos” en términos de exigencia regulatoria es probable en modelos competitivos.

En segundo lugar, está el hecho, ya señalado, que los actores públicos y privados pueden competir bajo diferentes reglas. Indudablemente, la competencia bajo el principio de reconocimiento mutuo es el sistema que da a los operadores del mercado el más amplio margen de elección, desde que no depende de la movilidad de los operadores. Como hemos visto, procesos competitivos también aparecen en un sistema regido por el principio de no-discriminación, pero el proceso competitivo depende en gran parte de la posibilidad del operador de cambiar de jurisdicción.

Las normas que protegen la salud humana y animal y el medio ambiente permanecerán dentro del área de la intervención común y serán progresivamente armonizadas (ver, *Mercosur 2000*, para. 1.2.b.).

La tercera cuestión refiere a las importantes elecciones que son dejadas a los operadores del mercado. Al analizar el modelo competitivo, es claro que cuando los operadores del mercado seleccionan un bien o un país, no sólo favorecen un producto o una jurisdicción, sino también un grupo específico de regulaciones. Los Estados miembros que participan en un proceso competitivo tienden a adaptar sus marcos legales de manera de obtener más operadores del mercado comprando bienes producidos en sus jurisdicciones y/o más productores produciendo dentro de sus fronteras. El desempeño de los Estados miembros en el proceso competitivo será entonces definido a través de las elecciones de los operadores del mercado.

El último punto, no por ello menos relevante, es que siendo las fuerzas e incentivos del mercado los elementos que definen el esquema regulatorio más deseable, la asimetría de los mercados nacionales no influye en el proceso regulatorio.

3. El modelo centralizado

El modelo centralizado de regulación del mercado común propone confiar los poderes de creación de políticas a los órganos comunes, los cuales deberán reemplazar progresivamente las regulaciones nacionales por un nuevo grupo de normas comunes. Aunque este modelo es frecuentemente idealizado como la mejor vía a la integración de mercados, la completa centralización de las funciones regulatorias es obviamente una panacea teórica. Uno de los obstáculos más difíciles para hacer realidad el modelo es que no es lógico esperar que los actores públicos nacionales (por ejemplo, políticos, funcionarios, jueces, etc.) aceptarán fácilmente la transferencia de sus competencias a las instituciones comunes, privándose de esa manera de poderes e influencia dentro del proceso político nacional²⁸. Además, aun cuando este modelo es formalmente aceptado, su funcionamiento crea serios problemas de cooperación.

El modelo centralizado tiene dos características básicas: a) las instituciones comunes tienen exclusiva jurisdicción sobre las materias confiadas a ellas; y (b) las reglas adoptadas por las instituciones comunes reemplazan a las normas nacionales. Las ventajas del sistema derivan de estas características básicas. Así, el poder de decisión exclusivo y la primacía de las regulaciones comunes debe asegurar: primero, la integración de mercados, por medio del establecimiento de un marco regulatorio común y la igualación de las condiciones de competencia; segundo, las economías de escala producidas por el aprovechamiento centralizado de las experiencias nacionales, los instrumentos regulatorios y los recursos administrativos; tercero, la prevención de la duplicación regulatoria, en el ámbito común, por un lado, y en el ámbito nacional, por el otro; y cuarto, la facilitación del proceso de vigilancia y control de cumplimiento.

Críticamente, el éxito del modelo centralizado depende del establecimiento de instituciones comunes fuertes y que sean capaces de generar los incentivos

28. Como señala Pelkmans: "No es obvio porque, y hasta que grado, los políticos en países con economías mixtas y gobiernos representativos acordarían atarse a las reglas de un tratado con respecto a ciertos instrumentos de la política económica nacional o transferir parte de las competencias nacionales a un nivel común de gobierno". (Traducción del autor) Pelkmans, J., "The Assignment of Public Function in Economic Integration", en *Journal of Common Market Studies*, Volumen 21, 1982-83, página 97.

necesarios para alcanzar los objetivos comunes. En general, en integraciones económicas, las instituciones son establecidas a fin de crear incentivos adicionales para la materialización del mercado común, desde que sólo los beneficios derivados de la creación del mercado único no son suficientes para asegurar que los Estados miembros contribuirán fielmente a sobrellevar las cargas y costos generados por el proceso²⁹. Los mecanismos institucionales deben contribuir a alcanzar tanto resultados sustanciales como procesales. Una justa distribución de los costos y beneficios es el principal objetivo sustancial de los órganos comunes. Sin la ayuda de instituciones que aseguren que a cada miembro le corresponde la misma y equivalente proporción de costos y beneficios marginales del proceso, los miembros más grandes podrían evidenciar la falta de incentivos para continuar cooperando a fin de alcanzar un resultado óptimo³⁰, que es la realización del mercado único perfecto³¹.

Con relación a los requerimientos procesales, en un modelo centralizado los mecanismos institucionales deben disminuir los costos de transacción, generar y distribuir información, y fortalecer la confianza en el proceso común de toma de decisión a través de dispositivos que favorezcan la transparencia, el control y el cumplimiento efectivo de las decisiones. Un modelo centralizado favorece, ciertamente, la generación de estos resultados procesales; a los gobiernos, les brinda un *forum* para discutir problemas comunes, intercambiar información y aunar recursos para vigilar las infracciones; a los operadores del mercado, facilita la individualización de las condiciones y términos contractuales, desde que el modelo apunta a establecer un único marco regulatorio aplicable a todo el mercado común³². Además, un único grupo de

29. Sobre el tema de los problemas de acción colectiva ver en general, Olson, M., *The Theory of Collective Action - Public Choice and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1971.

30. Los requerimientos de soluciones institucionales son superiores en pequeños grupos como el Mercosur, desde que “al compartir los costos y esfuerzos para alcanzar el objetivo común en grupos pequeños, existe (...) una sorprendente tendencia a la “explotación” de los grandes por los pequeños” (Olson, *op. cit.*, página 3 y páginas 28-31). En otras palabras, los miembros más grandes podrían tener que soportar una carga desproporcionada a fin de alcanzar los objetivos comunes.

En el caso del Mercosur, es fácil apreciar que Brasil debe abrir un mercado de 160 millones a sus socios, mientras que Uruguay ofrece 3 millones de consumidores. Por otro lado, también puede puntualizarse que las firmas establecidas en los grandes mercados pueden fácilmente capturar porciones de los pequeños mercados, dañando seriamente a las firmas locales. Sea como fuere, las asimetrías demandan mecanismos efectivos para controlar los desequilibrios.

31. Este análisis se concentra en los incentivos para los grandes socios porque los pequeños miembros pueden ser más fácilmente convencidos y/o incentivados, por ejemplo, por medio de la oferta de beneficios adicionales o la amenaza de ser excluidos del proceso.

32. Para los operadores del mercado, la necesidad de conocer un sólo grupo de regulaciones, en vez de tantos estándares como miembros tiene el proceso de integración, reduce sustancialmente los costos de transacción. Particularmente, esto es claro debido al hecho de que los operadores enfrentan costos de transacción no sólo en la creación de un contrato, sino también en el cumplimiento y la ejecución forzada del mismo. Coase, al describir los costos básicos de los operadores privados, ha estimado que:

“A fin de llevar a cabo una transacción en el mercado es necesario descubrir con quien uno desea contratar, informar a las personas de nuestros deseos de contratar y en que términos, conducir las negociaciones que llevan a un acuerdo, redactar el contrato, llevar a cabo las necesarias inspecciones para asegurarse que las condiciones del contrato son cumplidas y respetadas, y así en adelante”. (*Traducción del autor*) Coase, R.H., “*The Problem of Social Cost*”, en *Journal of Law and Economics*, Volumen 3, 1960, página 15.

regulaciones hace más fácil identificar y perseguir a los infractores. Todo ello finalmente implica que, en un modelo centralizado, el sistema de supervisión, control y sanciones sea administrado por un único árbitro.

4. *Moviéndonos hacia la práctica*

Habiendo delineado en términos teóricos los perfiles básicos del fenómeno de la competencia entre instituciones, los incentivos y desafíos de los tribunales nacionales y los posibles modelos de regulación del mercado que los tribunales pueden favorecer, la próxima sección será dedicada a realizar una estimación provisional de los límites de la influencia de los tribunales en la dinámica institucional del proceso de integración.

II. EL CAMBIO INSTITUCIONAL, LA EFECTIVIDAD DEL SISTEMA Y LOS TRIBUNALES NACIONALES

Como ha señalado North, las instituciones son límites diseñados para regular la interacción humana. Ellas moldean los modos de los intercambios entre individuos o grupos, sean estos políticos, sociales, o económicos. El cambio institucional, por su parte, es un proceso de acomodamiento a diferentes situaciones sociales, políticas y económicas presentes en un cierto período, que condiciona la forma en que las sociedades evolucionan³³. Como ha sido sostenido en el comienzo, los tribunales nacionales tienen una participación limitada en la estructuración inicial de las instituciones, pero ellas participan activamente en la adaptación posterior. Al influir sobre la efectividad (*effectiveness*) del sistema de integración, los tribunales expresan sus preferencias y proponen modificaciones a los órganos políticos. Basado en los modelos brevemente descriptos, este estudio intentará (a) comparar las diferentes decisiones y enfoques propuestos por las más altas cortes nacionales en la CE y Mercosur; (b) distinguir las preferencias de las estas cortes nacionales; y (c) delinear una prospectiva de cambio institucional en Mercosur.

A. Las elecciones de los tribunales nacionales

La integración de mercados requiere medidas legales negativas y positivas; es decir, la eliminación de ciertas reglas y la creación de otras. Los modelos descriptos sugieren que diferentes procesos pueden ser preferidos en diferentes áreas a fin de determinar cuales deben ser estas medidas: (a) los procesos políticos nacionales; (b) un proceso competitivo; y (c) un proceso de decisión común. La elección inicial respecto de cuál proceso elegir es una decisión política, que descansa en las manos de los políticos. Esta decisión no es inmutable y completa, desde que la eficacia del modelo adoptado depende de la efectividad de las estructuras legales. Por lo tanto, a fin de entender mejor la dinámica institucional, es necesario incluir las preferencias de los tribunales en el análisis, por ser ellos una variable fundamental en el funcionamiento de los sistemas jurídicos.

33. North, D. C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, página 3.

Los tres modelos de regulación de mercado delineados nos ayudarán a apreciar cómo las decisiones de los tribunales en los grandes Estados miembros pueden influir fuertemente en el diseño institucional y la efectividad del sistema. Este fenómeno es particularmente visible en grupos con agudas asimetrías entre sus miembros, tales como el Mercosur.

1. La aceptación del efecto directo y la supremacía por los tribunales nacionales europeos y sus preocupaciones respecto de las competencias comunitarias

La aceptación de las doctrinas del efecto directo y la supremacía³⁴ del derecho comunitario por los tribunales nacionales europeos puede ser vista como el resultado del reconocimiento por parte de éstos de sus incapacidades para imponer en forma individual sus preferencias, y de sus limitaciones para dirigir la construcción institucional de la CE. Durante los años fundacionales³⁵, ningún país en la CE pudo ejercer un claro rol hegemónico, ni pudieron sus cortes nacionales imponer individualmente sus preferencias o sus estructuras legales.

Al final de los años '70, con excepción de Francia, las altas cortes nacionales de la CE parecieron reconocer sus propias limitaciones y comenzaron, por lo tanto, a tomar las decisiones del TJCE seriamente³⁶. Durante este período, las preocupaciones de los tribunales comenzaron a ser redirigidas, y los tribunales empezaron a ver con preocupación las siempre crecientes competencias comunitarias. Las altas cortes nacionales, concientes de su incapacidad para imponer sus preferencias dentro de la arena comunitaria, comenzaron a tratar de circunscribir los dominios legales de la Comunidad. Esta ha sido una imperiosa necesidad en los países con cortes constitucionales, como Alemania, Italia e Irlanda³⁷.

34. Las doctrinas del efecto directo y la supremacía son los elementos básicos del modelo centralizado de la CE. Estas doctrinas que comienzan con los celebrados casos *Van Gend & loos* (1963) y *Costa v. ENEL* (1964) han sido extensamente discutidos en la doctrina legal. Por un cuidadoso tratamiento de tema ver, T. Hartley, T., *The Foundations of Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

La TJCE completó posteriormente el modelo en el caso *ERTA*, donde elaboró un amplio principio de *pre-emption* del derecho comunitario. Allí, la TJCE declaró: "(...) los poderes comunitarios excluyen la posibilidad de concurrencia con los poderes de los Estados miembros, desde que toda acción tomada fuera de las instituciones comunitarias sería incompatible con la unidad del Mercado Común y la uniforme aplicación del derecho comunitario". (Traducción del autor) *Commission v. Council*, Case No. 22/70, 31 Mayo 1971 [1971] ECR página 263, página 31. Por supuesto, la TJCE refinó y moderó esta amplia demanda de jurisdicción en su subsecuente jurisprudencia.

35. Este período va desde 1951 a los finales de los años '70.

36. Un rápido repaso de las principales decisiones judiciales incluyen: en Los Países Bajos: *Bosch GmbH et al v. De Geus* en *Uitdengogerd* (1965), *Netherlands International Law Review*, páginas 318-322; en Luxemburgo: *Chamber de Métiers v. Pagani*, (1954) Pas. Lux., página 150; en Bélgica: *Minister of Economic Affairs v. Fromagerie Franco Suisse 'Le Ski*, (1972) CMLR, página 330; en Francia: sólo la *Cour de Cassation, Administration des Douanes v. Société Cafés Vabre and Weigel et Compagnie* (1975), 2 CMLR, página 336; en Italia: *Frontini v. Ministero delle Finanze* (1973), 2 CMLR, página 372; en Alemania: *Internationale Handelsgesellschaft mbh v. Einfuhrvorratsstelle Für Getreide & Futtermittel (Solange I)* (1974), 2CMLR, página 540; en Dinamarca: *Lars O. Grønberg v. The Prime Minister* (1972), CMLR, página 516; y en Gran Bretaña: *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* (1982), All ER, página 402.

37. Desafortunadamente este tema está fuera del alcance de este estudio, el cual será tratado en otro lugar: "Europa, Mercosur y sus cortes nacionales: un análisis institucional comparativo" (en elaboración).

Las reacciones a la marea creciente del derecho comunitario demostradas en sus jurisprudencias pueden ser entendidas como señales de su malestar y reticencia a ser privadas de sus atribuciones judiciales constitucionales en ámbitos que van más allá de la medida estrictamente necesaria para la realización del mercado común. Ello también puede ser interpretado como una demanda indirecta de un sistema confiable de pesos y contrapesos entre autoridades nacionales y supranacionales.

Al reconocer la supremacía del derecho comunitario, los tribunales nacionales consintieron la atribución de competencias a instituciones comunes y, con ello, delegaron en las instituciones comunes la adopción de decisiones básicas y elecciones institucionales como, por ejemplo, el modelo de integración de mercados. De esta manera, cuando el modelo centralizado y la estrategia del reconocimiento mutuo demostraron ser inoperativas en ciertas áreas y limitaba el desempeño económico de la Comunidad, las sugerencias de cambio provinieron incluso del TJCE³⁸.

En lo que concierne a la efectividad del derecho comunitario, la incapacidad de los tribunales nacionales para imponer individualmente sus preferencias institucionales, no necesariamente ha conllevado una inhabilidad para controlar judicialmente el cumplimiento del Tratado de Roma de manera descentralizada. Los tribunales nacionales siguen siendo importantes actores en el sistema de cumplimiento forzado de obligaciones comunitarias. Como ha sido señalado, la centralización del proceso de toma de decisiones requiere un refuerzo del sistema comunitario de supervisión y control de cumplimiento. Por ello, algunas precauciones debieron ser tomadas a fin de asegurar que, en caso de que la violación del tratado involucrase un conflicto de intereses sobre cuestiones altamente polarizadas y sensibles, el recurso a medidas de represalia estuviera efectivamente clausurado. Dado que el proceso judicial nacional no parece capaz de prevenir este tipo de medida nacional unilateral, los tribunales nacionales optaron por la operacionalización del sistema centralizado de control judicial sobre la base de las referencias preliminares a la TJCE³⁹. Este ha sido un fenómeno en el cual los tribunales inferiores han contribuido más intensamente⁴⁰. En el reconocimiento que hacen los tribunales nacionales de sus límites y condicionamientos para manejar eficientemente los conflictos

38. Ver casos, *Dassonville*, Case No. 8/74 [1974] ECR, página 937, *Cassis de Dijon*, *op. cit.*, y *Keck & Mithouard*, Cases No. C-267 & 168/91 [1993] ECR I, página 6097.

39. El Artículo 177 del Tratado de Roma autoriza a los tribunales inferiores y obliga a las altas cortes a solicitar una decisión del TJCE al momento en que surja en un caso que tramita ante un tribunal nacional una cuestión relacionada con el derecho comunitario.

Las sentencias preliminares del TJCE ha brindado a los tribunales nacionales tanto el necesario "consejo" legal en complejas cuestiones de integración, como el refuerzo necesario a la autoridad judicial nacional con relación a la administración nacional. Este desarrollo es más notable en sistemas como el inglés, que formalmente rechaza el control judicial. Como sostiene Craig, la rapidez con que los tribunales ingleses aceptaron sus responsabilidades comunitarias puede entenderse mejor si se aprecia que: "la buena disposición a cambiar la ortodoxia constitucional en el contexto de la soberanía y la asociación del Reino Unido a la CE, fue en sí misma, afectada por la cambiante actitud de parte de los tribunales en general con respecto a la relación entre el Poder Judicial y el Legislativo". (Traducción del autor) Craig, P. P., *The European Court and National Courts Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, EUI-WP-RSC No. 95/29, página 17.

40. Ver TJCE, *Annual Report 1991*, Luxembourg, 1993, cuadro sinóptico en la página 135.

transnacionales, yace una importante razón para operacionalizar el Artículo 177 del Tratado de Roma⁴¹. Además, otro importante elemento que ha coadyuvado a fortalecer el sistema de control judicial del cumplimiento de obligaciones comunitarias ha sido que el reacomodamiento de funciones judiciales entre el tribunal comunitario y los tribunales nacionales haya sido considerado aceptable por estos últimos. Sin embargo, no todo es convergencia, es por ello que la difícil demarcación de las competencias comunitarias continúa siendo un elemento desestabilizador de este “contrato social” judicial.

Al final de cuentas, a los fines de este ensayo, dos son los elementos más relevantes para realizar una comparación con el Mercosur. El primero, las altas cortes nacionales de la CE fueron estructuralmente incapaces de influir sobre el diseño institucional inicial hecho en el Tratado de Roma de 1957⁴². El segundo, los tribunales nacionales europeos, inclusive aquellos de los grandes miembros de la CE, han sido funcionalmente incapaces de proveer soluciones alternativas (a las propuestas por la TJCE) para los problemas derivados de la integración legal y la conflictividad transnacional, y como consecuencia, han tenido limitada influencia en la dirección institucional⁴³. En el conjunto, la solución más fácil del dilema de los tribunales nacionales pareció ser la de reverenciar las decisiones fundamentales del TJCE.

2. Las preferencias de los tribunales del Mercosur

Los eventos en el Mercosur han sido influenciados por coyunturas y alternativas funcionales muy diferentes. La estructura institucional establecida en Ouro Preto es básicamente el resultado del diseño brasileño y el asentimiento argentino. El diseño institucional de Ouro Preto ha satisfecho también a los más altos tribunales brasileños y argentinos. A pesar de ello, aquí tampoco todo es convergencia.

El análisis histórico-estructural indica que, tanto en los tribunales argentinos como en los brasileños, existe una tendencia a aceptar soluciones institucionales que no socaven sus duramente adquiridos poderes de control judicial⁴⁴. El

41. Stone, A. & Caporaso, J., sostienen que el dramático incremento de los intercambios internacionales, y por tanto también de las disputas, explica la aceptación por los tribunales nacionales de las doctrinas del TJCE y el uso del procedimiento del Artículo 177. “From Free Trade to Supranational Polity: the European Court and Integration”, *WP Center for German and European Studies No.2.45*, University of California, 1996.

El Art. 177 CEE dispone que en cuestiones de interpretación del derecho comunitario, los jueces nacionales de grado pueden, y los tribunales de última instancia deben, solicitar una decisión preliminar del TJCE.

42. Tal vez sea más preciso decir que fue una combinación de incapacidad e indiferencia, una situación que Eric Stein tan elegantemente definiera como: *benign neglect* (un descuido afortunado).

43. Aunque algunas cortes han sido formalmente “investidas” con nuevos poderes comunitarios de control, estos poderes son totalmente ineficaces para influenciar las elecciones institucionales del TJCE. Ver Burley, A. M. y Mattli, W., “Europe before the Court: a Political Theory of Legal Integration”, en *International Organization*, Volumen 47, 1993, páginas 41-76.

44. Tal vez la más clara evidencia de esta tendencia está dada por la historia paralela de la evolución jurisprudencial de los recursos de amparo argentinos y el *mandado de segurança* brasileño. Lamentablemente, cuestiones de espacio no permiten el tratamiento de este apasionante tema. Ver, en general, los cuidadosos análisis de Clark, D. S., “Judicial Protection of the Constitution in Latin America”, en *Hasting Constitutional Law Quarterly*, Volumen 2, 1975, páginas 405-

establecimiento de una corte común del Mercosur va decididamente contra esta tendencia.

El problema central es que, aun cuando esta coincidencia entre cortes tuviera bases sólidas, no existe acuerdo entre ellas respecto de cual debería ser la institución encargada de definir las políticas básicas del grupo como, por ejemplo, el modelo de regulación del mercado que mejor se adapta a cada área a integrar. El mayor desacuerdo entre los tribunales argentinos y brasileños es sobre la atribución de poderes regulatorios. La efectividad de las normas del Mercosur no ha sido en principio afectada por estas diferentes posiciones, debido a que tanto los tribunales argentinos como los brasileños generalmente favorecen la aplicación de tratados comerciales⁴⁵. A pesar de ello, los *tests* legales utilizados son diferentes y tienen diversas implicaciones respecto de la atribución de poderes regulatorios.

Con relación al modelo de regulación de mercado, los tribunales brasileños favorecen, en principio, un modelo descentralizado. La jurisprudencia brasileña desde hace un par de décadas ha sentado las bases para la aplicación de un test de no-discriminación en la evaluación de las reglas del proceso de integración⁴⁶. En otras palabras, todas las regulaciones brasileñas serían, en principio, válidas en tanto que sean aplicables igualmente tanto a nacionales como extranjeros. De esta manera, los tribunales brasileños favorecen los estándares establecidos por los órganos políticos nacionales. El enfoque de los tribunales argentinos, sin embargo, parece aceptar sin problemas un modelo centralizado, desde que ellos aceptan la supremacía de las normas comerciales internacionales sobre las regulaciones nacionales, independientemente del hecho que estas normas internacionales sean generadas en órganos internacionales⁴⁷. Mientras que la jurisprudencia uruguaya permanece formalmente desinteresada respecto de las normas internacionales⁴⁸, la doctrina paraguaya parece seguir el enfoque argentino⁴⁹. Todas estas divergencias plantearán límites al sistema del Mercosur.

442; Sagües, Pedro, *Derecho procesal constitucional: acción de amparo*, Editorial Astrea, 1988; Fix Zamudio, H., "The Writ of Amparo in Latin America", en *The Lawyers of the Americas*, Volumen 13, 1981, páginas 380-381; Barbosa Gomez, J. B., *La Cour Supreme dans le Système Politique Bresilien*, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, Tomo 79, 1994; Morello, A. (ed), *Tutela procesal de las libertades fundamentales*, JUS, La Plata, 1987; el mismo autor, *La Corte Suprema en acción*, Editorial Platense, 1989; Karst, K. & Rossen, K., *Law and Development in Latin America*, University of California Press, 1975; entre otros estudios.

45. Cf. en Argentina, *Cafés la Virginia*, en Diario *El Derecho*, 1 de diciembre de 1994; en Brasil, Súmula 575, y los numerosos casos del Supremo Tribunal Federal (STF) que refinan esta jurisprudencia, ver en particular Dolinger, J., "Brazilian Supreme Court Solutions for Conflicts Between Domestic and International Law: An Exercise in Eclecticism", en *Capital University Law Review*, Volumen 22, 1993, páginas 1041-1093.

46. Inclusive en los casos en los que el STF ha distinguido entre tratados contractuales y normativos, ha resaltado también la existencia de una cláusula de no discriminación para autorizar la aplicación privilegiada de tratados comerciales (Cf. RE 114.784, 11 de diciembre de 1987 [1988] RTJ, Volumen 126, página 804. Ver también, Dolinger, *op. cit.*, página 1077.

47. C.N. argentina, artículo 75, inciso 24, *in fine*.

48. Ver Sentencia No. 25/90, en Decretero de Sentencias de la Corte Suprema de la República Oriental del Uruguay.

49. Ver, C.N. paraguaya, artículo 145.

B. Los límites del modelo descentralizado en Mercosur

El problema de las posiciones judiciales que aceptan sólo el modelo descentralizado de regulación de mercados es que los modelos delineados en este estudio no son mutuamente excluyentes, sino necesariamente complementarios⁵⁰. Por otro lado, está claro que Kitch defendió el modelo descentralizado principalmente dentro del contexto del mercado común de los Estados Unidos de América, un mercado interno ya completado y severamente controlado por autoridades federales⁵¹. El escenario del Mercosur es, por el contrario, radicalmente diferente.

El hecho es qué reglas mínimas y esenciales son necesarias para que el modelo descentralizado funcione adecuadamente⁵². El Artículo 1 del Tratado de Asunción (TA) establece que: “El mercado común implica: (...) el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”. Sin embargo, el Tratado no contiene ninguna cláusula identificando cuáles serán esas áreas relevantes. Tampoco es claro cuál es la autoridad encargada de la armonización. Un proceso de toma de decisiones común que uniformemente defina (a) lo que se debe regular conjuntamente, (b) lo que se someterá al proceso competitivo y (c) lo que será dejado a los procesos nacionales es una necesidad institucional esencial en el Mercosur. Los actuales mecanismos institucionales del Mercosur no pueden siquiera determinar uniformemente que cae dentro de la jurisdicción común y que permanece dentro del ámbito de discreción nacional. Este déficit adquirirá una importancia crítica tan pronto como aparezcan severos conflictos interinstitucionales y las soluciones políticas fallen.

A esto debe sumarse los problemas que surgen del carácter dual de los procesos de integración, es decir, la existencia de dos niveles de gobierno. Esta condición incrementa la necesidad de que la institución señalada para definir las áreas de intervención común sea también capaz de controlar los procesos de toma de decisión, tanto en el ámbito nacional como internacional. Ningún órgano puramente político parece tener la capacidad necesaria para asegurar este impacto dual, es decir, controlar la legalidad de la producción (centralizada) de normas uniformes esenciales y, al mismo tiempo, supervisar los procesos nacionales de toma de decisión (descentralizados). En la CE, la

50. Como Ehlermann ha señalado: “la competencia entre reglas no es otra cosa que la otra cara de la armonización: donde la armonización no es acordada, existe lugar para la competencia entre reglas”. (Traducción del autor) Ehlermann, C. D., “Harmonization versus Competition Between Rules”, en *European Review*, Volumen 3, 1995, página 334.

51. Reich, *op. cit.*, página 866.

52. Esto es también aplicable al modelo competitivo, como ha sido sostenido por Woolcock: “(...) alguna armonización es requerida a fin de asegurar que los marcos regulatorios en los diferentes países sean reconocidos como sustancialmente equivalentes. Por ejemplo, es considerado como necesario la armonización de las medidas esenciales de seguridad. Por arriba y por abajo de este nivel la competencia entre reglas aparece por sí misma. El principio de reconocimiento mutuo provee entonces un medio para la coordinación de las diferencias que restan entre los estilos nacionales sin que ellos sean usados como excusas proteccionistas, con todo estas diferencias no necesitan ser completamente removidas. Una vez que los estándares esenciales son alcanzados, el resto puede ser dejado al “mercado de las regulaciones”. (Traducción del autor) Woolcock, S., *op. cit.*, página 13.

TJCE y el novedoso mecanismo de las referencias preliminares han provisto la necesaria conexión dual entre la arena nacional y la internacional. De esta manera, la TJCE ha sido capaz de crear incentivos para la regulación en el ámbito internacional, mientras que dirigía el control de cumplimiento del derecho comunitario en el ámbito nacional.

En el escenario del Cono Sur, la aceptación de la supremacía de las reglas del Mercosur por parte de todos los tribunales nacionales de los Estados miembros resolvería el problema sólo parcialmente, porque permanecerían los problemas de interpretación con respecto al alcance de las normas esenciales mínimas. Esto lleva a concluir que una necesidad institucional básica del Mercosur es el establecimiento de un órgano capaz de influir tanto en los procesos de toma de decisión nacionales como el internacional, asegurando al mismo tiempo la interpretación uniforme y la aplicación nacional de las normas esenciales básicas del Mercosur. De hecho, sólo una corte supranacional parece ser capaz de proveer la necesaria guía interpretativa para aplicar uniformemente las reglas obligatorias mínimas que son esenciales para el eficiente funcionamiento de un sistema descentralizado de toma de decisiones en el Mercosur⁵³.

Si bien la propuesta de creación de la corte común del Mercosur tiene gran consenso entre académicos, pocos han señalado los difíciles obstáculos que tal proyecto deberá superar para convertirse en realidad. Este trabajo intenta ser una contribución en ese sentido, ya que sólo individualizando y analizando correctamente los problemas podremos suministrar soluciones adecuadas.

No es novedad que Mercosur sufre graves disfunciones institucionales. Algunos elementos de este problema fueron resaltados en este artículo, en particular la falta de una autoridad común que circunscriba claramente las áreas de intervención común y los inconvenientes regulatorios creados por las grandes asimetrías dentro del grupo. Estos factores han hecho que el sistema institucional del Mercosur genere insuficientes incentivos para alentar a los Estados miembros a crear todas las mínimas normas uniformes y estimule oportunas innovaciones institucionales.

El riesgo más serio es que las disfunciones del presente diseño institucional del Mercosur podría fácilmente llevar a: a) una corrida a los estándares regulatorios establecidos en el Brasil, sean estos los “altos” o los “bajos”, suprimiendo mecanismos de competencia e ignorando todo tipo de consideración relativa a la eficiencia económica del sistema; b) la definición de políticas esenciales de los países miembros dentro del proceso político brasileño; c) una seria dependencia por parte de todos los operadores públicos y privados del Mercosur de las decisiones e interpretaciones de los tribunales superiores brasileños. En pocas palabras, podía existir un serio caso de pensión o parcialidad brasileña en el sistema del Mercosur.

53. Algunos argumentos que justificarían la creación de la corte común del Mercosur han sido desarrollados *in extenso* en Oviedo, Marcelo Javier, “Desregulación, rerregulación y la cuestión del tribunal común del Mercosur”, en *Revista Jurídica del Nordeste*, año 4, n° 36, 1998, páginas 36-50.

Bajo estas circunstancias, podrían surgir reacciones no muy cooperativas por parte de los tribunales argentinos⁵⁴, paraguayos y uruguayos, y consecuentemente, la performance -sino la viabilidad misma- del Mercado Común del Sur estaría en peligro.

Reformulando nuestra proposición principal podemos decir que los tests judiciales aplicados por los tribunales brasileños para decidir sobre los efectos de normas comunes en el ordenamiento legal interno encapsulan al sistema del Mercosur dentro de un modelo regulatorio descentralizado asimétrico. Este modelo desigual del Mercosur atribuye al Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño el poder de decidir como último árbitro sobre esenciales cuestiones de política pública tanto a nivel doméstico como del mercado común. De esta manera, en el modelo asimétrico de regulación descentralizada, las decisiones del STF -inclusive en cuestiones accesorias- sobre la regulación del mercado interno brasileño tendrán un impacto notable en todos los operadores económicos del grupo en los otros Estados miembros, ya que para acceder u operar en el amplio mercado brasileño éstos tendrán que cumplir con las decisiones judiciales finales e irrevisables del STF.

A manera de cierre cabe señalar que el problema esencial del incremento de los poderes de las altas cortes brasileñas creado por la implementación de un modelo regulatorio descentralizado en el Mercosur es que no genera incentivos para realizar cambios legales sustanciales y necesarios, en la posición de los tribunales brasileños, sobre los efectos de las normas comunes en su ordenamiento legal interno. Nos referimos concretamente a la aceptación de la supremacía de las normas esenciales del Mercosur por parte de los jueces brasileños, situación que permitiría el funcionamiento eficiente de un modelo descentralizado de regulación del mercado.

El actual estado de cosas permite que el STF tenga una potente voz en el diseño, negociación e implementación de políticas comunes. Previsiblemente, éste es un privilegio que no declinará graciosamente.

Para resolver este dilema judicial, tal vez el argumento funcional utilizado para explicar el desarrollo institucional ocurrido en la CE tenga valor explicativo en el Mercosur en un futuro. Sin embargo, para averiguar si tal interpolación es posible necesitaremos que el Mercosur dibuje en el tiempo una curva institucional más prolongada y clara. Sólo entonces podremos comprobar si las proposiciones teóricas que fueron presentadas en este trabajo reflejan de alguna forma la compleja realidad.

CONCLUSIÓN Y PROSPECTIVA

En un proceso de integración, la competencia interinstitucional activa fuerzas integrativas y desintegrativas. El desafío es entonces confinar los procesos competitivos a aquellas áreas en las que promoverá y ayudará a la

54. Una posible reacción argentina podría ser la adopción de una interpretación flexible de la "clausula de reciprocidad" del nuevo Artículo 75 inciso 24 de la Constitución Argentina. Esto es algo que ya fue esbozado por el Ministro Boggiano en su voto en Cafes la Virginia.

integración y, por otro lado, crear mecanismos institucionales para contener las fuerzas competitivas dañosas. Esta tarea requiere una cuidadosa evaluación de las capacidades y los límites de las instituciones existentes a fin de identificar los posibles déficits que necesitan ser mitigados.

En este ensayo se ha intentado identificar los incentivos que tienen los actores públicos para participar en un proceso de competencia entre instituciones. La descripción de la competencia vertical y horizontal ha tratado de capturar parte de las muchas interrelaciones institucionales posibles en el gobierno a dos niveles de la integración económica. Esto ha sido un intento de exponer la insistente tendencia a competir sea en organizaciones jerárquicas o no-jerárquicas.

Aunque la competencia interinstitucional es una persistente tendencia, cada actor público tiene diferentes incentivos para ello y enfrenta diferentes condicionamientos. No todas las instituciones son igualmente capaces de participar en una continua lucha para incrementar sus poderes, ni tiene capacidades legales y físicas para administrar y responder a la creciente demanda de decisiones. El carácter “reactivo” de la actividad judicial y los limitados recursos judiciales físicos determinan una participación moderada de los cuerpos judiciales en la competencia interinstitucional y, por lo tanto, una tendencia al auto control (*self-restraint*).

Sin embargo, ha sido sugerido que cuando esta pasividad puede socavar sus propios poderes y competencias, los tribunales parecen estar dispuestas a participar en la competencia interinstitucional. En estas coyunturas, los tribunales deben hacer básicas elecciones institucionales que tendrán consecuencias importantes para la atribución de competencias en el sistema. También ha sido propuesto que los tribunales tienen incentivos para intervenir de la manera más eficiente en el proceso de integración. El incentivo más importante es que la intervención ineficiente de los tribunales nacionales puede llevar a la creación de una corte común, y como consecuencia directa de ello, los tribunales supremos perderán parte de su hegemonía legal doméstica. Mantener sus posiciones institucionales no es una tarea fácil, sobre todo porque, al resolver los problemas presentados por la integración de mercados, los tribunales pueden favorecer diferentes soluciones. Estas soluciones fueron estilizadas en tres modelos de regulación de mercados: descentralizado, competitivo, y centralizado. De esta manera fueron establecidas las bases conceptuales para identificar las posibles preferencias de los tribunales nacionales.

También se ha analizado las formas en las cuales los tribunales nacionales podrían influenciar los cambios institucionales en el proceso de integración. Aunque los tribunales nacionales tienen grandes incentivos para asegurar la efectividad de las reglas del mercado común, la capacidad de los tribunales nacionales para mejorar el sistema es limitada. Se sugiere que, debido a condicionantes legales y estructurales, los tribunales nacionales son incapaces de proveer todas las soluciones legales que el proceso de integración requiere. La compleja arena del proceso de integración y la complementariedad de los modelos de regulación de interacciones políticas y económicas entre actores públicos y privados indican que no todas las decisiones pueden ser tomadas eficientemente en

el ámbito nacional. Una lección básica de las Comunidades Europeas es que su misma creación crea problemas institucionales a los cuales los tribunales europeos nacionales han sido incapaces de dar una respuesta alternativa eficiente. Por lo cual ellos se vieron obligados a reverenciar la postura del TJCE.

Las asimetrías que presenta el Mercosur parecen permitir a algunas cortes nacionales la posibilidad de introducir innovaciones institucionales en el diseño de la integración económica. Por ejemplo, las asimetrías socio-económicas y legales permiten a los órganos políticos y judiciales brasileños influir sustancialmente sobre el diseño institucional del Mercosur.

Al examen comparativo indica que las dos proposiciones sugeridas al inicio de este trabajo, la realista y la funcionalista, tienen capacidad para explicar la conducta de los tribunales nacionales en un sistema de integración. Sin embargo, la síntesis que fusiona ambos enfoques parece ser la que genera más estímulos intelectuales y sugiere nuevos temas a nuestra agenda investigativa.

De la unión de estos dos enfoques surge como conclusión una crítica –tal vez muy severa, pero creo que fundada– del Mercosur y su relación con los tribunales nacionales. Es así que se sostiene que el proceso de competencia horizontal incentivado por el actual diseño institucional del Mercosur podría llevar a la encapsulación en estructuras y procesos institucionales subóptimos, es decir a la creación de mecanismos que no crean suficientes incentivos para acordar la generación de mínimas normas comunes y uniformes, las cuales son indispensables para que un sistema descentralizado de regulación de mercados funcione correctamente. En este sentido, debe señalarse que ni los políticos ni los jueces han hecho un gran esfuerzo para clarificar en forma conjunta la cuestión de las normas mínimas necesarias para definir los límites de las competencias comunes y nacionales. Por el contrario, algunas cortes supremas, particularmente el STF, han tenido mucho cuidado de salvaguardar suficiente espacio de maniobra sobre esta cuestión por medio de la adopción de tests judiciales muy maleables para definir los efectos de las normas internacionales en el orden interno. Básicamente, se concluye que, al momento, no hay señales de que las razones que determinaron la adopción por estos tribunales de tales posiciones respecto de los efectos en el orden interno de normas internacionales haya variado, por lo tanto existe una limitada posibilidad de que ocurra un cambio legal sustancial en sus jurisprudencias, tal como la aceptación uniforme por todos los tribunales supremos nacionales del Mercosur del efecto directo y la supremacía de normas comunes esenciales. Finalmente, se sugiere que en el fenómeno de la competencia interinstitucional deberá hallarse importantes razones para entender las oposiciones nacionales a la creación de la corte común del Mercosur.

