

Política y derecho en el MERCOSUR. Sistema de solución de controversias.

*Virginia Delisante Morató **

Resumen

Dada la importancia del tema de la solución de controversias en los procesos de integración, se consideró importante hacer una investigación sobre el sistema elegido por el MERCOSUR, el rol que juega, la efectividad que tiene y la influencia de la voluntad política en el marco jurídico establecido.

Consideramos que el grado de importancia que cada sistema de integración le otorga a sus instituciones se encuentra en el conjunto normativo que detalla la estructura institucional, por un lado, y, por otro, que el grado de transferencia de autonomía atribuido a esta estructura depende de la voluntad política de los dirigentes, quienes atribuyen mayor o menor poder de decisión a los encargados de conducir políticamente el proceso. Nos preguntamos en este trabajo, entonces, si la reforma del Protocolo de Olivos alcanza los objetivos de un sistema permanente de solución de controversias, efectivo y seguro jurídicamente y si estamos dispuestos, en el MERCOSUR, a respetar íntegramente las decisiones de un Tribunal con esas características.

Buscando las respuestas a estas interrogantes nos propusimos estudiar el sistema, sus características, analizar los casos laudados en el afán de testear nuestra hipótesis, la efectividad del sistema y sacar las conclusiones. Se presenta el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, su evolución histórica y los casos laudados, que se analizan adelantando algunas conclusiones.

* Facultad de Administración y Ciencias Sociales de la Universidad ORT, Uruguay.

Código de referato: SP.137.XXIII/12.

STUDIA POLITICÆ

SP

Número 23 ~ otoño 2011

Publicada por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales,
de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, República Argentina.

Palabras clave: MERCOSUR – Política – Derecho – Integración.

Abstract

Given the importance of the solution of controversies in the integration processes, we considered relevant to investigate the one used in MERCOSUR (the role that it plays, its effectiveness and the influence of the political will in its functioning). We question ourselves if the reform of the Olivos Protocol reaches the objectives of a permanent system of solutions of controversies, effective and judicially secure and if we are willing to respect integrally the decisions of a Tribunal with these characteristics.

Searching these answers we study the system, we present its characteristics, and analyze the cases in order to test its effectiveness and develop conclusions.

Keywords: MERCOSUR – Political decisions – Law – Integration

Introducción

Nos encontramos en presencia de un proceso de globalización acompañado por procesos de integración regional que tienen como característica común la apertura del comercio, en todas sus formas, lo que ha obligado a repensar el fenómeno de frontera. Vivimos una revalorización del espacio geográfico que, junto con el esfuerzo de superar los problemas de orden político y económico internos, evoluciona a favor de esta integración. En América Latina, luego del deterioro del modelo de desarrollo aplicado a través de la estrategia económica del modelo de sustitución de importaciones, se acentúa esta tendencia con distintas experiencias e intentos de integración como única salida para lograr el desarrollo. Varios procesos de integración cobran fuerza en esta parte del mundo, donde las disputas fronterizas no son tan agudas y las confrontaciones religiosas, étnicas, sociales o culturales prácticamente no existen.

Estos procesos de integración, por su parte y de todas maneras, deben dar solución a los diferendos que surgen a raíz de este intercambio comercial más dinámico y abierto entre los socios participantes. Los sistemas de solución de controversias son parte de todo proceso de integración, su creación y evolución acompañan los avances del mismo y contar con mecanismos para resolver las diferencias es fundamental. En algunos casos, como la Unión Europea, con el nacimiento de las instituciones surgió un órgano jurisdiccional permanente, en otros, se inició con mecanismos provisionales

que se han ido desarrollando gradualmente hasta lograr cierta eficacia. La solución de controversias parece ser un pilar fundamental a la hora de garantizar la fluidez de los procesos de integración frente a cualquier conflicto entre Estados socios.

Por otra parte, si se considera a la integración política como aquel proceso por el cual los agentes políticos de escenarios diferentes están convencidos de cambiar sus expectativas y actividades políticas a través de un nuevo orden, entonces los actores políticos, a través de sus gobiernos, deberán necesariamente realizar un proceso de cambio en el que las definiciones de política pasen de ser individuales a ser definiciones tomadas en conjunto y comunes a todos sus miembros.

Dada la importancia del tema en el proceso de integración resulta relevante analizar el rol que juega, la eficacia con que lo hace y qué sistema es más recomendable para qué tipo de integración, si cabe la interrogante.

De esta manera, nos preguntamos si dada la actual situación del MERCOSUR, al quedar en evidencia que Brasilia era un sistema demasiado inicial, con la reforma del Protocolo de Olivos y para el grado de avance en el que se encuentra nuestro proceso: ¿logramos la eficacia necesaria para tener la fluidez mencionada en orden a lograr el avance pretendido dentro de los objetivos iniciales del Tratado de Asunción?

Partimos de la base de que el grado de importancia que cada sistema integrativo le otorga a sus instituciones se observa, generalmente, en su conjunto normativo (principalmente estudiando sus tratados) donde se detalla su estructuración institucional. La misma será el resultado de la voluntad política que los Estados miembros hayan desarrollado. A su vez el grado de transferencia de autonomía atribuido al cuerpo orgánico del sistema dependerá también de la voluntad política de los dirigentes, quienes finalmente determinarán el poder decisorio de los encargados de conducir políticamente los procesos de integración.

La solución de controversias en el MERCOSUR

El Tratado de Asunción preveía, en el anexo III, un sistema para la solución de controversias que establecía que las mismas serían resueltas mediante negociaciones directas, fijando un plazo para establecer un sistema permanente. A fin de disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del Tratado, fue suscripto el Protocolo de Brasilia, en diciembre de 1991, que entró en vigencia en abril de 1993, y establece en última instancia un procedimiento arbitral *ad hoc*.

Todo el procedimiento para la solución de controversias al que hace referencia el Protocolo de Brasilia puede dividirse en tres etapas procesales, además del reclamo de particulares a la Sección Nacional del Grupo Mercado Común:

- a) las negociaciones directas,
- b) la intervención del Grupo Mercado Común y
- c) el procedimiento arbitral en sí mismo.

A su vez, el Protocolo de Ouro Preto, de diciembre de 1994 que complementa a Brasilia, permite, a través de las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, formular también demandas a los particulares. En febrero de 2002 se firma el Protocolo de Olivos que crea el Tribunal Permanente de Revisión y que prevé dos instancias: *Tribunales Ad Hoc*, constituidos para el caso concreto, que resuelven el conflicto en primera instancia con un laudo y el *Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR* que, en caso de que alguna de las partes recurra, revisa el laudo para verificar si posee errores jurídicos. El TPRM puede también resolver el caso directamente si las partes lo solicitan.

Cuadro N°1: Evolución del sistema de solución de controversias
(cuadro comparativo)

Asunción	Brasilia	Ouro Preto	Olivos
Mecanismo provisorio	Mecanismo provisorio	Mecanismo provisorio	Mecanismo provisorio + TPR
No jurisdiccional	Jurisdiccional y no jurisdiccional	No jurisdiccional	Jurisdiccional y no jurisdiccional
Controversias entre Estados	Reclamo de parts; neg. directas; GMC; arbitraje	Reclamo ante CCM; parts. o Estados. Reenvío a Brasilia	Opción de foro, opción de GMC, TPR, opin. consultivas, neg. dir; parts. ante GMC
Un caso	10 tribunales arbitrales	551 consultas (1995 - 2009)	2 recursos de revisión (aclaración)

Fuente: elaboración propia a partir de los datos que proporciona la S.M. (a febrero 2010).

Por su parte, si bien se reconoce que en el sistema de integración europeo no fue la acción del Tribunal de Justicia la única responsable del éxito del proceso —innegable es el papel de la Comisión Europea como motor del proceso de integración y del Parlamento Europeo que le da la legitimidad

democrática al mismo— es cierto que la actuación del Tribunal de Justicia Europeo fue, por lo menos, fundamental en la creación de una Comunidad de Derecho. En este sentido, los Estados miembros de la Unión han respetado desde el inicio el principio de buena fe, específicamente el principio de la lealtad (solidaridad) comunitaria establecido en el Art. 10 del Tratado de la Comunidad Europea, es decir, no sólo se trata de que el Tribunal existe desde el inicio sino además que los Estados respetan la existencia del Tribunal y la autoridad de sus decisiones, también desde el vamos.

Entonces, ¿estamos en el MERCOSUR, dispuestos a respetar íntegramente las decisiones de un Tribunal independiente y permanente? Porque la *seguridad jurídica* es lo primero en ser atacado por la mayoría de la doctrina especializada y los particulares eventualmente involucrados, en tanto los tribunales mantienen su calidad de arbitrales en un sistema que, si bien se mejoró, se previó como transitorio desde un principio.

Teóricamente el aspecto político de la integración incluye aspectos como la ampliación de los poderes de instituciones centrales y su efecto en la opinión popular, así como la acción de los grupos que apoyan o se oponen a la integración propiamente. Joseph Nye, haciendo referencia a la politización de los procesos de integración, afirma que en cualquier proceso de integración regional la “capa protectora de la ‘no-controversialidad’ desaparece rápidamente a medida que los intereses más sensibles son afectados y que aumentan el clima político general por el proceso de integración” (Hirst, 1996:115).

Edward Best (1999) en su trabajo “Sistemas Institucionales para la Integración Regional” menciona que “la necesidad, aceptación y funcionamiento de las instituciones de integración siempre están condicionadas al contexto político que, por definición, es específico y singular”, instituciones que según algunos teóricos deberán ser de carácter supranacional, postulando que las mismas generan círculos políticos positivos.

De todas maneras, la integración, genera un sistema de compromisos (aunque sea una integración de tránsito) donde los elementos que se integran (por lo común, países en cuanto economías) administran uniones, modifican sus relaciones con otros. Hay un dramático vuelco de ciertos agentes sobre su entorno o ambiente en cualquier esquema de integración. Sin duda, la génesis de este tipo de fenómenos de integración tiene generalmente una explicación socio-histórica, ya que es dicha condicionante la que lleva a los países a tomar decisiones a nivel de compromisos regionales. En el contexto de los países latinoamericanos, particularmente en el Cono sur, se observan condiciones históricas similares, lo que promovió el interés de dichos países a integrarse.

Al decir de Raquel Patrício (2007:344)¹ “*centrado en las relaciones en eje Brasil-Argentina, su espina dorsal, el proceso de integración de América del Sur, más que un resultado de las condicionantes propias de la zona geográfica en la que se encuentra, se unió desde el vamos en la lógica económica que encuentra, en los polos regionales, la caracterización del sistema internacional.*” En su opinión, los países de la región, a partir del deterioro económico que trajo la década de los 80, y luego del cambio de la escena internacional con la caída del muro de Berlín, acertaron en buscar una inserción en el nuevo orden internacional más ventajosa, procurando tener una sola voz a la hora de negociar con el mundo: una decisión política da el puntapié inicial para unir las golpeadas economías regionales en el marco de una coyuntura internacional de crisis.

Como mencionábamos al principio, toda integración genera conflictos y los medios para solucionarlos se transforman en un eje de importancia. Analizaremos entonces el trabajo de los Tribunales Arbitrales y del TPR en busca de respuestas a la pregunta inicial.

Análisis de los casos laudados

Lo primero a destacar es la importancia del Primer Laudo Arbitral, no sólo en cuanto a su contenido sino por ser quien estrena el Sistema de Solución de Controversias implementado por el Protocolo de Brasilia. Puede afirmarse que el año 1999 quedará en la historia del MERCOSUR como el año en el que se dio un salto jurídico cualitativo para todo el proceso de integración.

El Primer Laudo Arbitral tuvo además la responsabilidad de ser quien marcaría el marco conceptual que generaría el antecedente que sería utilizado por los posteriores árbitros como jurisprudencia para laudar sus casos correspondientes.

En un primer análisis de los laudos presentados puede observarse que, por una razón u otra, todos hacen referencia al primero o citan al anterior del que se trate. Es así que encontramos que el laudo sobre Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco (primer caso) hace una amplia referencia en su marco conceptual internacional a la doctrina comunitaria europea, al enfoque teleológico, pro integracionista y a los conceptos consuetudinarios del derecho internacional público registrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Marca el precedente, si bien está

¹ La traducción de la cita es nuestra.

claramente especificado en el PB y en el POP, en lo que se refiere a la no aceptación de nuevas reclamaciones en la instancia arbitral que no fueran presentadas en las instancias previas. En lo que se refiere al “derecho del MERCOSUR”, es importante destacar que el Primer Tribunal Arbitral marcará un precedente afirmando que “*las normas del MERCOSUR, tanto originarias como derivadas, constituyen un conjunto normativo, es decir que el derecho del MERCOSUR conforma un ordenamiento jurídico, y en consecuencia tienen su propio método de interpretación, fines y objetivos*” (Perotti, 2000:122-126). Es decir que la solución de los conflictos deberá hallarse en el conjunto normativo mencionado, inclusive en ausencia de reglamentación específica, caso que queda asentado en el tercer laudo arbitral, al desestimar, el mismo, la opción de utilizar la normativa de la OMC (artículo 6 del ATV).

El segundo laudo arbitral sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, a diferencia del primero, no cita prácticamente doctrina alguna. Sin embargo vemos que hace referencia al marco conceptual utilizado por el primero, en lo que concierne al enfoque teleológico y el derecho consuetudinario recogido en la Convención de Viena.

Ahora bien, genera un original antecedente en cuanto a la aceptación o no de cuestiones no procesadas en las instancias anteriores, cuando admite nuevas aclaraciones y reclamaciones presentadas por la República Argentina, basándose en el hecho de que “no había especificado en qué consistían los subsidios a la financiación de exportaciones por parte de Brasil, mencionando solamente los efectos económicos que aquellos generaban”. Sin embargo no incumple con la “prohibición” planteada en el Reglamento del PB y la interpretación que se ha dado, en la medida que sí desestima dos asuntos (las contribuciones PIS y COFINS) que no habían sido presentados formalmente cuando el PB así lo indica (vemos aquí la originalidad mencionada). Es decir, permite un cambio en los términos de la reclamación inicial con el aporte de nuevas aclaraciones pero no un cambio en la reclamación en sí misma.

En el tercer caso sobre la Aplicación de Salvaguardias sobre Productos Textiles, el Tribunal Arbitral hace también referencia al primero en cuanto a los principios consuetudinarios internacionales en la interpretación de tratados (Convención de Viena) y a la interpretación y utilización de las normas MERCOSUR para la resolución del conflicto. El aporte fundamental de este laudo es delimitar “*el preciso alcance de las normas que permiten suspender el cumplimiento de los compromisos asumidos en el marco del TA*” (Uriondo, 2000:161-176). Puede decirse que indirectamente se aplica aquí también el concepto del *in dubio, pro integratio* en la medida que, más allá

de la existencia de una prohibición expresa a la aplicación de salvaguardias intrazona, el Tribunal encuentra una solución en pro de la integración cuando lauda en contra de esa aplicación entre Estados socios. Es éste un comportamiento que se repite en prácticamente todos los casos, lo que no es menor a la hora de considerar la formación de un derecho comunitario uniforme y seguro jurídicamente.

Siguiendo esta misma línea de razonamiento, el caso sobre Aplicación de Medidas Antidumping contra la Exportación de Pollos Enteros, hace su aporte al ampliar el marco conceptual internacional utilizado hasta el momento cuando consulta y utiliza la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia para revocar la argumentación argentina sobre la no competencia del Tribunal para resolver en este caso. Marca, de esta forma, un importante antecedente cuando deja sentado que “...*el simple hecho de que la existencia de una controversia sea discutida, no prueba que ésta no exista*”.² Por otra parte, mantiene el comportamiento seguido por los anteriores Tribunales, y se apoya en lo resuelto por el tercero en lo referente a la ausencia de normas MERCOSUR que regulen un asunto específico y en los tres laudos anteriores para reafirmar el papel central de la liberación comercial y la prohibición de cualquier limitación a ese principio de libre circulación confirmando la tendencia hacia la aplicación del *in dubio pro communitate*.

El quinto laudo presentado no hace la excepción apoyándose en los casos uno y tres para reafirmar el principio de que los Estados tienen la obligación de no frustrar la aplicación de normas que requieren implementación posterior y en el derecho consuetudinario recogido por la Convención de Viena. Tampoco hace la excepción a la hora de comparar y analizar los aspectos formales y sustanciales de los laudos arbitrales presentados. En este sentido, en el cuadro presentado en los “aspectos formales” observamos que en general, todos los tribunales asumieron el mismo comportamiento, a no ser por la elección de la Sede y el pedido de aclaraciones. En lo que se refiere a los “aspectos sustanciales”, observamos que la estructura general se mantiene, con algunas diferencias que hacen a la distinta complejidad presentada por cada caso.

El sexto laudo mantiene la uniformidad en el sentido de apoyar su resolución en la jurisprudencia establecida hasta el momento y los principios generales del derecho, como los de buena fe y *pacta sunt servanda*.

En el séptimo laudo se destaca la obligatoriedad de los Estados en incorporar la normativa en un *tiempo razonable*, en contraposición con el principio

² Página 10, Tercer Laudo Arbitral.

de aplicabilidad directa, dejando claro que son los gobiernos de los Estados Parte quienes definen los medios y los plazos, de acuerdo a su ordenamiento jurídico nacional, teniendo el poder de dejar en suspenso la entrada en vigor de la norma, al menos por un tiempo. En cuanto al procedimiento se sigue en la línea de los casos anteriores.

En el octavo laudo, cabe destacar que en el "Considerando" el Tribunal hace expresa, por primera vez, su limitación en cuanto a la creación de normas afirmando que no se encuentra, tal objetivo, dentro de sus funciones. Como en los casos anteriores, el Tribunal se apoya en la jurisprudencia existente y sigue un formato similar al de los laudos existentes hasta el momento.

En el noveno laudo cabe destacar que, por primera vez, el Tribunal expresa por escrito la notoria voluntad de los Estados Parte de obstaculizar el proceso y, de hecho, lo suspende. Esta actitud no tenía precedentes y marca un hito, en ese sentido.

El último caso presentado es la excepción a la regla, en cuanto a formas y contenido, que se venía cumpliendo en todos los laudos, en la medida que el mismo no llega a concretarse, pidiendo una de las partes dar por terminada la controversia antes de finalizar el proceso arbitral, una vez que la otra parte da satisfacción al pedido inicial que genera el proceso arbitral.

De esta manera, y con base en todo lo argumentado anteriormente, podemos concluir que los laudos analizados en el marco del Protocolo de Brasilia, mantienen un criterio coherente a la hora de resolver los casos, generando una jurisprudencia uniforme, por lo cual, si medimos la seguridad jurídica con respecto a la uniformidad y coherencia de las decisiones obtenidas en la solución de los conflictos, podemos afirmar que el sistema de solución de controversias utilizado por el MERCOSUR resultaba jurídicamente seguro. Por tanto, tampoco se comprueba que la calidad "ad hoc" de los tribunales generara la falta de una constancia de los criterios utilizados en el modo de proceder. Sin embargo, la mención y utilización de un lenguaje claramente jurídico comunitario, en términos europeos, en algunos laudos y la alusión reiterada a laudos anteriores, en palabras de Jorge Fontoura (2002:274), *no dejan de revelar un ansia inconciente por la seguridad que sólo las instituciones permanentes pueden proporcionar.*

Reflexiones sobre los dos casos laudados en el marco del Protocolo de Olivos y las aclaraciones del Tribunal Permanente de Revisión

En el marco del Protocolo de Olivos, se han constituido dos tribunales ad hoc para entender en las controversias surgidas entre la República Oriental

del Uruguay y la República Argentina, por los casos de importación de neumáticos recauchutados y el corte de los puentes, vías de acceso a Uruguay desde Argentina por parte de un grupo de ciudadanos argentinos. En el TPR se han presentado dos recursos de revisión, una aclaratoria y dos pronunciamientos, todos ellos relacionados con los dos casos referidos.

En el primer caso, Uruguay entabla una controversia contra la República Argentina por la aprobación de la ley n° 25.626 de 2002, a través de la cual se prohíbe la importación de neumáticos remodelados. Uruguay alega que entre los años 1997 y 2001 se exportaron hacia Argentina neumáticos recauchutados producidos en aquel país sin ninguna restricción y que posteriormente a la vigencia de la ley mencionada se realizaron importaciones de dicho productos de países terceros, menos Uruguay; que dicha ley viola el Art. 5 del Tratado de Asunción por cuanto inhibe la libre circulación de bienes en el MERCOSUR, entre otros argumentos³. En esta línea, Uruguay pide que se declare incompatible la ley n° 25.626 con las normas y principios vigentes en el MERCOSUR y que Argentina revoque dicha ley y declare nulas todas las medidas de efecto similar absteniéndose de adoptar, en el futuro, medidas que tengan efectos restrictivos y discriminatorios como los presentados en este caso.

Por su parte, la República Argentina declara que la contestada ley no sólo está alineada con la legislación MERCOSUR sino que además, implica un paso adelante con respecto al bienestar de los pueblos por cuanto pretende proteger el medio ambiente y la salud de las personas, animales y vegetales que habitan su territorio y que la ley tiene un carácter preventivo que el Art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 ampara⁴. Argentina pide, entonces, que se declare compatible la ley con el Tratado de Asunción así como con las disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia.

El tribunal ad hoc dará razón a la República Argentina, lo que provocará un pedido de Revisión del laudo ante el TPR por parte de Uruguay.

Cabe mencionar que en este laudo llama la atención la diferencia en lo que tiene que ver con el formato, la manera de presentar y estudiar el caso e, inclusive, el nivel de lenguaje utilizado con respecto a los anteriores casos laudados en el marco del PB. No puede, no obstante, tomarse esta referencia como una señal de cambio a partir del PO, sino más probablemente atri-

³ Laudo Arbitral.

⁴ Se refiere a la excepción al libre comercio mencionada por el Art. 50 del TM que habla de la protección a la vida y salud de las personas, animales y vegetales.

buir la particularidad a los árbitros que participaron en el mismo. Más allá de estas consideraciones, el laudo de revisión del TPR, además de ser el primero emanado de la novel institución, pone en evidencia errores, señalando inclusive de “*craso error jurídico*” el no cumplimiento del rol institucional que le competía al tribunal ad hoc de “...*ante un vacío normativo, (en) establecer un criterio jurisprudencial claro y conciso de (tales) criterios de rigor para luego aplicarlos al caso concreto*”⁵. Estos criterios son establecidos por el laudo de revisión y dan el argumento para revocar el alcance indicado por dicho laudo, determinar que la Ley argentina n° 25.626 es incompatible con la normativa MERCOSUR y darle a la República Argentina un plazo de 120 días para derogar o modificar la mencionada ley.

En el segundo caso laudado en el marco del PO, la República Oriental del Uruguay le pide al tribunal ad hoc que decida sobre la omisión del Estado argentino en adoptar medidas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay. Los cortes se llevaban adelante por un movimiento ambientalista (“Asambleístas de Gualaguaychú”) en protesta por la construcción (y posterior funcionamiento) de una planta de celulosa en la ciudad de Fray Bentos, Uruguay, frente a la ciudad de Gualaguaychú, Argentina, sobre el Río Uruguay que ambos países comparten. La protesta se basa en que la fábrica perjudicaría el medio ambiente y en que la autorización para construirla fue dada unilateralmente por Uruguay, lo que constituye una violación al Estatuto del río Uruguay. Uruguay reclama frente a la inacción, y notoria complacencia, del gobierno argentino contra el grupo ambientalista permitiendo, de hecho, que el país sufriera importantes perjuicios en los sectores vinculados con el transporte de pasajeros y mercaderías, importación, exportación y turismo, lo cual atenta directamente con el art. 1 del Tratado de Asunción, entre otros argumentos.

Argentina, por su parte, refuta el planteo uruguayo argumentando que el impedimento a la libre circulación no era tal en la medida que siempre hubo entradas alternativas por las cuales ingresar al Uruguay y que las medidas (cortar el paso internacional) fueron tomadas por particulares lo que exime de responsabilidad al Estado argentino, a la luz de derecho internacional, entre otros argumentos.

El tribunal ad hoc decide que la ausencia de “las debidas diligencias” por parte de Argentina para “prevenir, ordenar o, en su caso, corregir los cor-

⁵ Laudo N° 1/2005 del Tribunal Permanente de Revisión, numeral 10, pág. 5-6.

tes de las rutas” que unen ambos países, no es compatible con el Tratado de Asunción y la libre circulación de bienes y servicios que el mismo establece.

Resulta interesante destacar que este laudo no se cumplió, en su momento ⁶, y que Uruguay no hizo uso de los mecanismos que el sistema regional le ofrece ante un incumplimiento semejante ⁷. Antes de ello, se presentó directamente ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), lo que envía una clara señal de la confianza que se pone en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR para hacer cumplir sus laudos. En términos internacionales, las sanciones que podía imponer la CIJ son, claramente, más serias y caras. La actitud de ambos países involucrados, el que no cumple y el que no confía, le hace un flaco favor al MERCOSUR, quien resulta *el gran perdedor jurídico* (Pastori, 2007:213) del conflicto.

En términos más generales, en lo que se refiere a los laudos, el Dr. Puceiro, delegado por Uruguay ante el Grupo de Alto Nivel, en una charla dada en la Cámara de Industrias en noviembre de 2001, hacía referencia a la debilidad de las medidas compensatorias, en el caso de incumplimiento del laudo por el Estado “perdidoso”, cuando deben ser aplicadas por Estados pequeños que afectan muy poco las corrientes comerciales de sus socios “mayores”, como lo son el Uruguay y el Paraguay. Y atenuaba las consecuencias posibles de tal situación basándose en el desprestigio internacional que ocasiona ser un Estado “incumplidor”. Sin embargo, a la luz de este análisis, se considera que esto está dado por la característica intergubernamental que tiene el MERCOSUR, con instituciones que responden a los intereses particulares de los gobiernos de turno, y que carecen de fuerza de contralor efectiva. Como queda demostrado en el laudo sobre la libre circulación en los puentes internacionales que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay: el hecho de ser un Estado incumplidor en la región parece no ser tan importante y depende del peso que el conflicto adquiere a nivel nacional.

⁶ Tomando en cuenta que comenzaron en 2005, con algunas pequeñas interrupciones, duraron casi 5 años.

⁷ Aplicación de medidas compensatorias, Protocolo de Olivos arts. 31 y 32, que al decir del Dr. Alejandro Pastori, en su artículo “La (no) aplicación del laudo del Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR sobre la libre circulación en la controversia entre Uruguay y Argentina”, “...esta forma de remediar el incumplimiento de otro Estado dista mucho de ser una forma de ejecución del laudo propiamente dicho. Se trata de una forma de castigo, indirecto y regulado, que puede aplicar el Estado perjudicado al Estado obligado, por la no ejecución de laudo. Una suerte de “ley de Talión” (ojo por ojo, diente por diente) aplicada a las relaciones internacionales.” (p. 201)

Reflexiones finales

Como mencionábamos al principio de este trabajo, los Estados que deciden integrarse requieren de un instrumento por el cual, frente a un incumplimiento o violación de su tratado fundamental, o alguno de sus instrumentos, la conducta de quienes mal proceden pueda ser sancionada.

A partir de nuestra pregunta inicial, y del estudio realizado junto con las entrevistas realizadas a representantes del proceso, podemos afirmar que el sistema institucional, en particular el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, avanza en la medida que los Estados parte (léase sus gobiernos), así lo quieran.

Se busca responder si dada la actual situación del MERCOSUR, al quedar en evidencia que Brasilia era un sistema demasiado inicial, con la reforma del Protocolo de Olivos para el grado de avance en el que se encuentra nuestro proceso, logramos la eficacia necesaria para tener la fluidez que permita lograr el avance pretendido dentro de los objetivos iniciales del Tratado de Asunción.

En el MERCOSUR, entonces, para su etapa inicial, se previó un mecanismo provisorio. En este sentido, el sistema previsto por el Anexo III del Tratado de Asunción, inaplicable desde la entrada en vigor del Protocolo de Brasilia, era un mecanismo simple, no jurisdiccional, elemental y limitado. Sólo contemplaba las controversias entre Estados dejando un vacío legal en cuanto a los problemas que pudieran suscitarse con la participación de particulares, personas físicas o jurídicas, por ejemplo. No tomaba en cuenta el problema de incumplimiento o interpretación, quedándose en el marco de los procedimientos diplomáticos clásicos. Sin embargo, debemos mencionar que hubo un caso que se resolvió a través de este primer sistema, entre Paraguay y Argentina, por el tema de Tasas Estadísticas, mientras se esperaba la entrada en vigor del Protocolo de Brasilia, lo que no sucedería hasta 1993.

El Protocolo de Brasilia sí se estructura sobre la base de dos procedimientos, el reservado para los Estados y el reservado para los particulares, que será luego complementado, como vimos, por el posterior Protocolo de Ouro Preto. Queda claro que constituye un avance significativo en cuanto a la seguridad jurídica con respecto al sistema previsto en el TA, sin embargo quedan sin definir varias cuestiones.

Un punto importante es que el Protocolo de Brasilia se ha valido en general de plazos breves y de procedimientos relativamente claros y sencillos.

Como sostiene el Dr. Santiago Deluca⁸, de la Secretaría del TPR, para la época *“el Protocolo de Brasilia, se presentó como una herramienta sumamente útil a los fines del MERCOSUR: un mecanismo de solución de controversias ágil y económico, basado en modelos clásicos “economicistas” de los sistemas de arbitraje internacional «ad hoc» de carácter comercial”*. Por su parte el Dr. Sergio Iaciuk⁹, Consejero por Argentina, destaca que este Protocolo marcó *“una apreciable evolución en las posiciones de los cuatro países, ya que por primera vez éstos aceptaron someter a una instancia independiente las diferencias surgidas en el ámbito de un proceso de integración y acatar las decisiones a las que llegase esa instancia neutral.”*

A pesar de ello, el debate se planteó, entre otras cosas, en torno a la utilidad de la participación del GMC en su papel de “amigable componedor” si las negociaciones diplomáticas previas no tenían éxito. La mayoría de la doctrina alegaba que es un derroche de tiempo innecesario ya que los casos que no se resuelven diplomáticamente están condenados a terminar en un Tribunal Arbitral, dado que las recomendaciones que el GMC puede efectuar no son de carácter obligatorio y difícilmente convengan a las partes en el conflicto, o al menos a una de ellas, condición ya suficiente para iniciar el procedimiento arbitral mencionado. Esta instancia, de hecho, fue una de las revisiones del Grupo de Alto Nivel que estudió la reforma al sistema de solución de controversias del MERCOSUR que culminó en el Protocolo de Olivos.

Algunas de las carencias que se le subrayaban al sistema del Protocolo de Brasilia es que no prevé una solución para los conflictos que puedan surgir entre los Estados Parte y las instituciones del MERCOSUR, ni para los conflictos normativos entre instrumentos básicos y derivados del mercado común y el orden jurídico de los Estados Parte, o inclusive para las controversias que puedan surgir entre funcionarios del MERCOSUR y sus órganos (Operti, s.f.).

Otros aspectos no previstos son, por ejemplo, la hipótesis de que los Estados que asumieran la misma postura en la litis no se pusieran de acuerdo en la designación del árbitro único, lo que en principio derivaría en una controversia paralela de uno de los Estados aumentando las erogaciones necesarias y desperdiciando tiempo al formar un nuevo Tribunal. Tampoco se menciona el caso de que el Tribunal incumpla con los plazos previstos para emitir su laudo.

⁸ En entrevista realizada en el mes de octubre de 2009, en ocasión de la LXXVII Reunión del Grupo Mercado Común, en Montevideo.

⁹ Idem anterior.

En lo que se refiere al Protocolo de Ouro Preto salta a la vista que su carencia fundamental fue no establecer el sistema permanente que se había previsto en el propio Protocolo de Brasilia, dedicándose únicamente a innovar, en el tema que nos compete, en lo que se refiere a las reclamaciones de los particulares. Sin embargo tales innovaciones no fueron suficientes ya que puede verse que los particulares se encuentran en un estado de indefensión a pesar del POP. Cualquier medida que no encaje dentro de los "rótulos" previstos por el ámbito de aplicación para el reclamo de los particulares, no es susceptible de reclamación y al decir de Operti *"se hace un endoso o remisión al sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia"* luego de la intervención de la Sección Nacional de la CCM, en el que el particular sólo participa si el Estado que toma el caso, o los expertos que lo examinen, necesita consultarlo. En este sentido el Dr. Mauricio Favero¹⁰, Consejero por Brasil, destaca que una de las reformas necesarias del sistema de solución de controversias debería darle acceso directo a los privados al tribunal arbitral y ampliar la participación civil en lo que tiene que ver con las consultas internas. Según él, en el MERCOSUR el Ejecutivo es quien dicta la agenda y, en este sentido, el sistema de solución de controversias termina siendo sólo un instrumento de gerencia de los conflictos.

Las posibles reformas que se discutieron en el marco de las reuniones del Grupo de Alto Nivel, a partir del relanzamiento del MERCOSUR en el año 2000, no intentaban establecer un sistema permanente, sino lograr consenso para mejorar en varios aspectos. Al no lograr consenso sobre ninguna de estas propuestas unilaterales, se intentó lograr una reforma "parcial" con los puntos que hacían coincidir las cuatro posturas. Es así que los puntos que primero lograron consenso fueron la eliminación de la etapa GMC como obligatoria y la creación de un Tribunal de Revisión.

¿Por qué no encarar la reforma permanente? Carlos Marcio, delegado de Brasil ante el Grupo de Alto Nivel, en una entrevista realizada en noviembre de 2001 en la SAM (hoy SM), planteaba que la preocupación desde un principio fue tener un sistema de solución de controversias que estuviera acorde con el avance del proceso. En este sentido se intentó evitar la construcción de estructuras que estén sobredimensionadas para el momento que, efectivamente, atravesaba el MERCOSUR. Planteaba que se debe encontrar la fórmula de un sistema flexible que no sea un impedimento al avance de la integración pero que tampoco sea un peso para el proceso, dado que el MERCOSUR surge en un contexto en el que tiene que probar su credibili-

¹⁰ Idem anterior.

dad en el sentido de que hubo, en el pasado, diversos intentos de integración en América Latina que no lograron sus objetivos originales y algunos que tuvieron como uno de sus problemas la sobredimensión institucional¹¹. En esta misma línea, el Dr. Favero, hoy, afirma que el sistema de solución de controversias va de la mano con la profundización de la propia integración, en este sentido, el problema no es el cumplimiento de los laudos necesariamente sino la adhesión de los socios a la normativa (lo que el entrevistado llama “normativa de baja calidad”), que en el MERCOSUR aún es insuficiente. No se trata de crear una institución, para el caso un Tribunal supranacional, si no existe voluntad política de cumplir con lo que la misma dictamine. En este sentido, Malamud y Castro (2007:52) agregan que *“aun si (...) se estableciera finalmente un tribunal supremo, la inexistencia de derecho comunitario (las normas regionales deben ser internalizadas por los cuatro miembros para entrar en vigencia) tornaría inconsecuente cualquier incremento de la actividad judicial”*.

Entonces, a pesar de que una parte importante de la doctrina considera que es esencial, para poder continuar avanzando en el proceso de integración, pasar a la etapa de creación de un Tribunal Permanente Supranacional, la idea parecería ser aprovechar la experiencia pasada y perfeccionar el sistema de acuerdo a las necesidades presentes. El Dr. Iaciuk subraya que es *preciso comprender que este proceso tiene sus propias características y ha avanzado con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio*.

La reforma de Olivos va en esa dirección, buscó lograr mejorar las garantías en lo que respecta a la seguridad jurídica y a la uniformidad de los laudos que, como vimos, aunque jurídicamente sean arbitrajes independientes y no constituyan jurisprudencia, en la práctica cada tribunal ha aprovechado lo que ha discutido el anterior. Cabe señalar que el tiempo transcurrido y la utilización del sistema previsto por el Protocolo de Olivos no permiten tener una muestra representativa de casos, ni permiten la observación en perspectiva como para concluir objetivamente sobre las virtudes o defectos del mismo. En principio, y como se señaló anteriormente, parecería haber un cambio, pero que también es atribuible al conjunto de árbitros específicos, no sólo al sistema en sí.

El Dr. Iaciuk, en coincidencia con el Dr. Deluca, señala que la mayor innovación la constituye la creación del TPR y su carácter de permanencia. De todas maneras se mantiene la evolución permanente del sistema que aún puede seguir avanzando. Considera que *“toda la estructura institucional y*

¹¹ Haciendo una clara alusión al sistema establecido por la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

jurídica del MERCOSUR está concebida bajo una idea de gradualidad, con el objeto de que pueda ir adaptándose a la evolución del proceso. En materia institucional, en todos los instrumentos fundacionales del MERCOSUR quedó reflejado el criterio de contar con instituciones acordes al nivel de desarrollo del proceso de integración. En este orden de ideas, la concreción de las metas fijadas para cada etapa en el MERCOSUR se acompañó con sucesivas modificaciones que fueron acompañando ese proceso. El sistema de solución de controversias no escapa a ello”.

Se reafirma la creencia de que las instituciones deben acompañar el proceso de integración y no a la inversa. En el caso que nos compete el, Dr. Deluca afirma que no cree “*que el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias sea la respuesta a la profundización del proceso de integración*” y va más allá: “*en el caso concreto del MERCOSUR, teniendo en cuenta su estructura, idiosincrasia y particularidades de cada uno de los Estados parte que lo componen, estimo que la profundización del proceso de integración depende fundamentalmente de una decisión política, cuánta y qué integración se desea*”.

En palabras de Malamud y Castro (2007:52), “*empresarios y agentes económicos transnacionales están acostumbrados a dirigirse directamente a los gobiernos domésticos, en particular a los presidentes. El MERCOSUR resulta así una organización orientada por el poder más que por reglas, y mientras los intereses establecidos tengan acceso al poder no verán razones para invertir en la creación de instituciones*” supranacionales, al estilo europeo.

De esta manera, a través de los distintos análisis hechos a lo largo de todo el trabajo, llegamos a las siguientes conclusiones:

- El sistema previsto en el Protocolo de Brasilia tiene diez casos laudados, lo que demuestra que fue capaz de cumplir con el objetivo para el cual fue creado. El primer Tribunal Arbitral sirvió como detonante y prueba de su funcionamiento y logró la confianza en el sistema.
- En el análisis de los laudos comprobamos que existe uniformidad en la toma de decisiones para dirimir las controversias, y probamos que cada tribunal ha tomado en consideración lo discutido por los anteriores. Es decir que si nos preguntábamos al inicio si es posible que exista un derecho comunitario en el MERCOSUR y que se cree una comunidad de derecho, podemos, a la luz del análisis hecho, responder que el sistema es seguro jurídicamente y que, aunque no pudiéramos llamarlo “derecho comunitario” estrictamente, existe una uniformidad y una jurisprudencia *de hecho* que se ha generado.

– Hemos visto, también, que existe voluntad de reformar el sistema de solución de controversias cuando el proceso así lo requiere, en este sentido contestaríamos afirmativamente a nuestra pregunta inicial de investigación. Aunque resulta prematuro afirmar que la reforma de Olivos ha proporcionado la fluidez necesaria para avanzar dentro de los objetivos planteados por el Tratado de Asunción, no podemos tampoco decir que es a causa del sistema en sí mismo que los únicos dos laudos emitidos presenten algunas diferencias o no se hayan cumplido.

– Que la voluntad política y el interés nacional tienen una fuerte influencia en la dirección que toma el MERCOSUR y en la aplicación de su normativa, lo que está definitivamente ligado a los sistemas presidencialistas de los Estados que lo componen, provocando, en la actualidad, que el segundo dirija al primero, a veces inclusive en detrimento del cumplimiento de los compromisos asumidos del derecho del MERCOSUR.

Siempre habrá puntos pendientes de revisión. El MERCOSUR se plantea la necesidad de reforma y ejecución paso por paso, de acuerdo a las necesidades más inmediatas. En este sentido podemos decir que el reto dependerá más del aspecto político que del jurídico para rever los puntos en la reforma permanente prevista por el Art. 44 del POP: *Antes de culminar el proceso de convergencia del Arancel Externo Común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción del sistema permanente a que se refieren el ítem 3 del Anexo III del Tratado de Asunción, y el artículo 34 del Protocolo de Brasilia.* 

Bibliografía

- BEST, Edward (1996). *Capacidades para la integración regional en Europa y en América Latina: Un marco conceptual para el análisis comparativo*. DT 16. CEFIR. <http://www.cefir.org.uy>
- . (1999). *Sistemas Institucionales para la Integración Regional*. <http://www.cefir.org.uy>
- FONTOURA, Jorge (2002). *A evolucao do Sistema de Solucao de controversias – de Brasilia a Olivos*. Brasilia. Publicaciones del Senado Federal OS n° 3973/2002.
- HIRST, Mónica (1996). *Democracia, Seguridad e Integración: América Latina en un mundo en transición*. Buenos Aires, Grupo Editorial Norma S.A.
- MALAMUD, Andrés. CASTRO, Pablo (2007). “El regionalismo, entre el Estado-Nación y la gobernanza global: una visión crítica”. En PINTO, Julio. 2009. *Entre la integración y la fragmentación regional. El desafío político de nuestro tiempo*. Buenos Aires. EU-DEBA.

- PASTORI, Alejandro (2007). *La (no) aplicación del laudo del Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR sobre la libre circulación en la controversia entre Uruguay y Argentina*. En Cooperación y conflicto en el MERCOSUR. Eulatin II / Waldemar Hummer. Argentina.
- PATRÍCIO, Raquel (2007). *As relacoes em eixo franco-alemas e as relacoes em eixo argentino-brasileiras. Gênese dos processos de integracao*. Lisboa. ISCSP/UTL.
- PEROTTI, Alejandro Daniel (2000). *Breves apuntes sobre el primer laudo arbitral del MERCOSUR*. En: *Revista de derecho del MERCOSUR*. La Ley. Nº 3, año 4: 122 – 126. Buenos Aires.
- . (2000). *El segundo fallo arbitral del MERCOSUR o el amargo despertar de nuestro Sistema de Solución de Controversias*. En: *Revista de Derecho del MERCOSUR*. La Ley. Nº 2, año 4: 121-144. Buenos Aires.
- PINTO, Julio (2009). *Entre la integración y la fragmentación regional. El desafío político de nuestro tiempo*. Buenos Aires. Eudeba.
- PUCEIRO RIPOLL, Roberto (2004). *Sistema de solución de controversias en el MERCOSUR y su sui generis régimen de arbitraje*. Ponencia disponible en: http://www.congresoselis.com.uy/conosur/trabajos/puceiro_ripoll.doc visitado el 12/8/09.
- URIONDO, Amalia (2000). “Los Laudos Arbitrales y sus Aportes”. En: *Arbitraje y Solución de Controversias*. (6): pp. 161-176.

Fecha de recepción: 30/09/11.

Fecha de aceptación: 11/04/12.