



EL DILEMA DE ESPERAR EL CAMBIO O USAR LAS HERRAMIENTAS EXISTENTES

THE DILEMMA OF WAITING FOR CHANGE OR USE EXISTING TOOLS

SANTIAGO DELUCA

RESUMEN

En veintiún años de experiencia integracionista el MERCOSUR diseñó un sistema de solución de controversias que, pese a ajustarse a su realidad económica y simpleza estructural, no siempre resultó adecuado para lograr sus objetivos.

En tal sentido, desde el esquema del Anexo III del Tratado de Asunción al Protocolo de Olivos, pasando por un amplio período de vigencia del Protocolo de Brasilia, se sucedieron controversias y cuestionamientos que llevan a que hoy -nuevamente- resulte ineludible rediscutir los alcances de la metodología escogida y las perspectivas de cambio para proporcionar mayor seguridad jurídica.

En este trabajo se hará una rápida evaluación del sistema controversial a partir de las reformas introducidas por el Protocolo de Olivos, así como de la propuesta del Parlamento del MERCOSUR de creación de una Corte de Justicia del bloque, con el objeto de arribar a conclusiones generales y sugerencias de cambio con "*posibilidad real de concreción*".

PALABRAS CLAVE

Solución de controversias, Protocolo de Olivos, Corte de Justicia del MERCOSUR.

ABSTRACT

With 21 years of experience in integration, the MERCOSUR has designed a system of dispute resolution that despite adjust to economic reality and its own structural simplicity, was not always adequate to achieve its objectives.

In this sense, from the scheme of Annex III of the Treaty of Asuncion to the Olivos Protocol and the extensive period of the Protocol of Brasilia validity, were lot of controversies and critics about the system that lead now, once again, to re-discuss the scope of the methodology chosen and the prospects for change to provide greater legal certainty.

This paper will make a rapid assessment of the controversial system after the reforms introduced by the Olivos Protocol and the MERCOSUR Parliament's proposal to create a Common Court, in order to arrive at general conclusions and suggestions for change with "real possibility of realization".

KEY WORDS

Dispute resolution, Olivos Protocol, Court of Justice of MERCOSUR



INTRODUCCIÓN

Desde los albores del MERCOSUR allá por marzo de 1991, el proceso de integración se concibió con una visión netamente comercial; aunque no pueden desconocerse los ideales plasmados –principalmente- en el Preámbulo del Tratado de Asunción, en el cual se asentó que su fin último era y aún hoy es *“la integración de los pueblos con justicia social”*.

Esta integración forjada de manera peculiar ante la ausencia de delegación de competencias soberanas de los Estados Parte hacia los órganos comunes, sin que ello permita encasillarlo estrictamente como una organización de cooperación típica del derecho internacional, debió cimentarse al amparo de un complejo entramado jurídico-normativo que conjuga la elección de reglas de juego preconcebidas y de cumplimiento obligatorio para los Estados Parte.

En el desarrollo de este trabajo -que no pretende agotar por sí mismo el análisis de las cuestiones a plantear- analizaré diversos aspectos que hacen al sistema de solución de controversias, el procedimiento general y particular ante los órganos jurisdiccionales, y evaluaré la pertinencia de proyectos superadores que se han presentado.

En consecuencia, destacaré –fundamentalmente- que son los propios poderes judiciales de los Estados Parte, representados por sus Superiores Tribunales de Justicia, en ejercicio de sus competencias como poderes públicos del Estado, quienes tienen la posibilidad real y la obligación jurídico-política de establecer la coherencia, aplicación o inaplicación de las normas MERCOSUR a los casos concretos que se les presentan, resolviendo las eventuales reclamaciones que los particulares pudieran iniciar contra los otros Poderes de sus propios Estados ante la inobservancia de su obligación de cumplimiento de la normativa internacional.

I. RESEÑA DE LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA CONTROVERSIAL

Si se parte de la consideración que *“en los procesos de integración los procedimientos de solución de controversias y la estructura institucional para ello se deben adecuar al estado de avance del proceso; constituyendo, a su vez, causa y efecto de esa*



evolución¹, corresponde efectuar algunas disquisiciones preliminares en torno a la evolución histórica del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR².

En ocasión de la firma del Tratado de Asunción (TA)³ no se previó la existencia de un órgano o institución encargada de la solución de eventuales conflictos entre los Estados Parte en la aplicación de las normas. Sólo se incluyó un sistema sencillo caracterizado –básicamente- por negociaciones intergubernamentales directas que vedaba todo tipo de intervención a los particulares⁴; aunque se acordó aunar esfuerzos para avanzar hacia la constitución de un procedimiento permanente⁵.

En tal sentido, el 17 de diciembre de 1991 se firmó el Protocolo de Brasilia (PB), que no obstante reconocer –nuevamente- su carácter provisorio, resultó ser el punto de partida para un esquema con una estructura procedimental sencilla y originaria⁶. Este procedimiento, cimentado bajo un sistema de tinte arbitral⁷, reconoce su origen en los modelos establecidos para la solución de controversias comerciales privadas del derecho internacional, mas con recogiendo las particularidades institucionales del MERCOSUR.

¹ BIOCCA, Stella Maris "Propuesta de sistema permanente de solución de controversias en el MERCOSUR" en MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (Coord.) *Integración eurolatinoamericana*, Editorial Ciudad Argentina, 1996, pp. 315.

² Regulado por el Protocolo de Olivos (PO), su Reglamento (RPO – Dec.CMC N°37/03) y demás normas complementarias

³ El 26 de marzo de 1991.

⁴ Anexo III, artículo 1 "Las controversias que pudieren surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del Tratado serán resueltas mediante negociaciones directas. En caso de no lograr una solución dichos Estados Partes someterán la controversia a consideración del Grupo Mercado Común, el que luego de evaluar la situación formulará en el lapso de sesenta (60) días las recomendaciones pertinentes a las Partes para la solución del diferendo. A tal efecto, el Grupo Mercado Común podrá establecer o convocar paneles de expertos o grupos de peritos con el objeto de contar con asesoramiento técnico. Si en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanza una solución, se elevará la controversia al Consejo Mercado Común, para que adopte las recomendaciones pertinentes."

Ampliar en PIZZOLO, Calogero *Derecho e integración regional*, Ediar (2010), pp.1027/1030. Sobre el particular vale la pena destacar la referencia que efectúa el autor parafraseando a Hitters en cuanto que "...el TA incorporaba un rudimentario andamiaje con mezcla de autocomposición y conciliación de tipo provisorio...".

⁵ Anexo III, artículo 2 "Dentro de los ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición."

Anexo III, artículo 3 "Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común."

⁶ Artículo 34. "El presente Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción."

⁷ Sobre la metodología y sistemas arbitrales se recomienda ampliar en CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, Ad-Hoc, 2da. Edición, 2008; RUFINO, Marco *El proceso arbitral*, Ad-Hoc, 1992; ROBILOLO, Jorge *Derecho Arbitral*, La Ley, 2007; y, MORENO RODRÍGUEZ, José (Coord.) *Arbitraje y mediación*, Intercontinental Editora, 2003, entre otros.



En consecuencia, se previeron instancias de negociación directa e intervención del Grupo Mercado Común (GMC), tras lo cual se habilitaba la opción de instar a la etapa jurisdiccional. Esta fase se conformaba con Tribunales Arbitrales Ad Hoc YAH), cuyos miembros se designaban de listados previamente presentados y aprobados por los Estados Parte (Eps)⁸.

Necesariamente debe aclararse que los TAH no fueron considerados por el PB como órganos del MERCOSUR. Circunstancia que no ha presentado modificaciones siquiera con posterioridad a la reforma introducida por el Protocolo de Olivos (PO), y que pese a las críticas o cuestionamientos que pudieran efectuarse resulta coherente desde la óptica de un sistema de controversias arbitral.

Con la firma del PO⁹ y posterior instalación y puesta en funcionamiento del TPR¹⁰, cambió la estructura conocida hasta ese entonces. No sólo se consolidó el sistema de solución de controversias introducido por el PB, sino que se creó una instancia permanente que puede entender en primera y única instancia, o bien como tribunal de alzada ante cuestionamientos sobre la aplicación del derecho en un pronunciamiento de un TAH concreto anterior¹¹.

También se sumó la posibilidad de que los Eps o sus Superiores Tribunales de Justicia recurran al TPR para solicitar opiniones consultivas¹². Esto quiere decir que aún sin

⁸ Sobre el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia se recomienda ampliar en DELUCA, Santiago *op. cit.* Nota 2, Caps. IV y VI; BOLDORINI, María C "Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N°6, Rubinzal Culzoni, 1994; CZAR de ZALDUENDO, Susana «Solución de Controversias en el Mercosur: Reglamentación del Protocolo de Brasilia» El Derecho de 29/3/99; BLOCH, Roberto, IGLESIAS, Daniel *Solución de controversias en el MERCOSUR, Ad-Hoc*, 1995; y RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto *Mercosur: integración y derecho*, Ciudad Argentina, 1998., entre muchos otros autores de primer nivel que han dedicado esfuerzo a la materia.

⁹ El 18 de febrero de 2002.

Se recomienda la lectura de GONZÁLEZ GARABELLI, Carlos *Procesos de Integración, MERCOSUR. Solución de Controversias*, Fundación Konrad Adenauer, 2004, principalmente su capítulo IV, donde el autor narra con gran autoridad y claridad las posiciones defendidas por cada uno de los Estados Parte respecto de la modificación del sistema de solución de controversias instituido por el PB; permitiéndonos entender a cabalidad los resultados recogidos en el PO.

¹⁰ El 13 de agosto de 2004.

¹¹ Arts. 19, 23 y 17 respectivamente.

¹² Artículo 3 PO.

Por su parte, conforme los términos de los artículos 3 y 4 de la Dec. CMC n°37/03 (Reglamento al Protocolo de Olivos), las primeras viables por consenso, las segundas a petición de cualquiera de los Superiores Tribunales de Justicias respecto de colisiones o interpretaciones en la aplicación del derecho interno y del MERCOSUR en el marco de un expediente judicial en trámite.



que estas expresiones del TPR sean obligatorias, se abrió un resquicio para que los particulares comenzaran a tomar un mayor protagonismo¹³.

Por último, aún no vigente ante la falta de ratificación por parte de la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, el 19 de enero de 2007 se firmó el Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos. Este nuevo instrumento tiene la particularidad de traspasar las competencias originariamente delegadas a la Secretaría del Mercosur (SM) en el marco del proceso de solución de controversias a la Secretaría del TPR (ST), diferenciando así en forma acabada las particularidades y razón de ser de cada una de ellas.

Modifica también el status del Quinto Árbitro, a quien se denomina en adelante Árbitro Adicional, previéndose su inclusión o actuación ante una composición par de Eps del MERCOSUR. E incluye textual y formalmente a la ST como parte operativa del esquema estructural del TPR¹⁴.

II. PRINCIPALES RASGOS DEL PROCEDIMIENTO GENERAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En este apartado conviene efectuar tres aclaraciones y precisiones tendientes a poner de manifiesto las particularidades del sistema mismo.

La primera de ellas es que éste no reviste características judiciales tradicionales como las que se vislumbran en sus Eps u otros modelos tales como la Unión Europea o la Comunidad Andina. Esto se explica a partir de la lectura del Protocolo de Ouro Preto (POP) que definió la personería jurídica del MERCOSUR y su estructura funcional, estableciendo que el sistema de integración -y por ende su proceso de solución de controversias- responde a la característica de intergubernamentalidad¹⁵.

¹³ Ver DELUCA, Santiago "Acceso a la Justicia en los Procesos de Integración: del paradigma europeo al MERCOSUR", La Ley Online, noviembre de 2007. En coincidencia, PEROTTI, Alejandro Daniel *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Cap. V, Marcial Pons, 2007.

¹⁴ Vale la pena destacar que muy recientemente la República Federativa del Brasil y la República Argentina, mediante Ley 26.405, sancionada el 20 de agosto de 2008 y promulgada de hecho el 9 de septiembre del mismo año, aprobaron este Protocolo. No así la República Oriental del Uruguay -que sí aprobó el Protocolo de ingreso al Mercosur de Venezuela-, ni la República del Paraguay, que no ha incorporado ninguno de los dos instrumentos.

¹⁵ Artículo 2 POP "Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR." Advértase que si bien hay autores que refieren que al no encontrarse mencionado en este artículo el sistema de solución de controversias y, particularmente, el Tribunal Permanente de Revisión, bien podría dotarse a este nuevo órgano de carácter supranacional sin necesidad de modificación de norma alguna. Tal es la



La segunda, que si se toma como parámetro un listado no taxativo de tipos de regímenes de solución de controversias –comenzando de los métodos más simples a los más complejos, donde en primer lugar puede ubicarse la negociación, seguido de la mediación, el arbitraje y los métodos judiciales-, el sistema escogido por el MERCOSUR es pura y exclusivamente de tinte arbitral; aunque con ciertos matices diferenciales.

Finalmente, la tercera es que este sistema arbitral se instrumenta actualmente sobre la coexistencia de las metodologías de tipo ad hoc e institucional, sumado a facultades revisorias y consultivas, que a simple vista resultan ajenas a los sistemas arbitrales propiamente dichos¹⁶.

A. EL PROCEDIMIENTO GENERAL

El procedimiento previsto por el PO es -en todo momento- contradictorio y público, y se divide en dos fases: una administrativa o precontenciosa y otra jurisdiccional.

En la *fase administrativa* los conflictos procuran resolverse mediante negociaciones directas¹⁷ y vencidos los plazos para ello -si la controversia no obtuviera solución-, cualquiera de las partes podrá someterla a consideración del GMC¹⁸. Instada la apertura de esta nueva etapa el GMC evaluará la situación denunciada, dará oportunidad a las partes para que expongan sus posiciones y requerirá, cuando lo estime necesario, el asesoramiento de expertos. A su término el GMC formulará las recomendaciones que estime oportunas a los fines de la consecución de solución del conflicto¹⁹.

postura defendida por los redactores del Proyecto de Corte de Justicia del Mercosur presentado en el seno del Parlamento del Mercosur y aprobado para debate por intermedio del Acuerdo Político alcanzado con el Consejo Mercado Común mediante CMC/Dec N°28/10.

¹⁶ Sobre la tipología del sistema arbitral, contrariamente a lo expuesto oportunamente por autores como Dalla Via –defendido por otros como González Garabelli o Perotti, es del caso señalar que el sistema instituido por el Protocolo de Brasilia no puede considerarse como arbitraje institucionalizado por el simple hecho de contarse con listados preconocidos de personas pasibles e conformar esos Tribunales; máxime cuando la facultad de los Estados Parte para modificar la composición de dichos listados era y continúa siendo discrecional. A lo que debe agregarse la falta de conocimiento del plazo de posible actuación o estabilidad pretendida como para sostener esta tesis. Sólo con la creación del TPR puede hablarse de arbitraje institucional y, por tanto, la manifestación realizada de la coexistencia de ambas metodologías.

¹⁷ Artículos 4 y 5 PO.

¹⁸ Del confronto del artículo 4 PB y el artículo 6 PO, puede advertirse que éste último modificó la pauta en cuestión, transformándola en opcional para los Estados Parte.

¹⁹ Artículos 6 a 8 PO.



Concluida o fracasada que fueran las negociaciones en esa etapa comienza la *fase jurisdiccional*. Es así que cualquiera de los Eps podrá comunicar a la SM su intención de recurrir al procedimiento arbitral -con intervención de un TAH o del TPR²⁰-, y deberá aceptar la jurisdicción de ese Tribunal como obligatoria ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial²¹.

Por su parte, el ámbito de aplicación del sistema de solución de controversias debe fraccionarse en dos. Por un lado en cuanto a los conflictos entre los Eps y -por el otro- aquel relacionado con los reclamos efectuados por particulares. En el primer supuesto la posible competencia del TAH o del TPR recae sobre asuntos que versen sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del TA, el POP, los Acuerdos que se celebran en su marco, así como de las Decisiones CMC, las Resoluciones GMC y las Directivas CCM²². En cuanto a los reclamos de particulares, el PO prevé un procedimiento específico con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Eps, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del TA, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del CMC o de las resoluciones del GMC²³.

Ahora bien, comunicada la voluntad de recurrir a la instancia arbitral y conformado el TAH (o el TPR), los Eps informarán a éste acerca de las instancias cumplidas y harán una breve exposición de los fundamentos de hecho o de derecho de sus respectivas posiciones. Luego el Tribunal deberá expedirse mediante un laudo obligatorio para los Eps -e irrecurrible en caso de emanar del TPR-. Aquí se presenta la novedad apuntada en cuanto al recurso de revisión y la intervención del TPR como tribunal de alzada, cuyo pronunciamiento será -en última instancia- inapelable²⁴.

²⁰ Artículos 9 y 23 PO.

²¹ Artículo 26 PO.

²² Artículo 1 PO.

²³ Artículo 39 PO.

²⁴ Artículos 17 y 26, inciso 2º PO. Asimismo, sobre el procedimiento se recomienda profundizar -entre otros- en DELUCA, Santiago, *op. cit.* Nota 2, pp. 134/140; DREYZIN de KLOR, Adriana, "El sistema de solución de controversias en el MERCOSUR", La Ley, 1995 B, p. 1194/1203; PIMENTEL, Luiz Otávio; DREYZIN de KLOR, Adriana, "O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL", en *Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e MERCOSUL*, Fundación Konrad Adenauer, 2004, pp. 182/199; REY CARO, Ernesto, "El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, vol. XLI, 2002, pp. 205/246; y BIANCHI GÓMEZ, Eduardo, "Protocolo de Olivos: modificaciones en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR y perspectivas", *El Derecho Administrativo*, vol. 2001/2002, pp. 772/778.



En cuanto a los particulares, el PO prevé un sistema específico. La presentación del reclamo se hace ante la *Sección Nacional del Grupo Mercado Común*, debiéndose aportar elementos que le permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza del perjuicio²⁵.

Presentado el reclamo, la Sección Nacional GMC que lo haya admitido deberá entablar contactos directos con la Sección Nacional del Estado Parte reclamado a fin de buscar una solución inmediata. Si la cuestión es resuelta, se elevan las actuaciones al GMC dándose por finalizada esta etapa²⁶. Evaluados los hechos y el derecho del caso -de corresponder dar curso al reclamo-, el GMC convocará a un grupo de expertos para que luego de escuchar al particular y al Estado dictamine si procede o no el reclamo²⁷.

Luego de ello comienza la etapa *jurisdiccional*, dándose intervención al TAH o -en su caso- en instancia única al TPR.

Culminadas las instancias reseñadas, ante el pronunciamiento previo (Laudo) de un TAH, los Estados Parte en la controversia pueden recurrir al TPR en revisión en un plazo no mayor a quince (15) días desde la notificación del Laudo recurrido²⁸. Salvo que dicho Laudo haya sido resuelto en base a principios *ex aequo et bono*, en cuyo caso no serán recurribles²⁹.

B. LA GRAN NOVEDAD INTRODUCIDA AL SISTEMA: LA FACULTAD CONSULTIVA DEL TPR

En primer término corresponde establecer qué se entiende por opiniones consultivas, su alcance y status jurídico. De tal forma, apelando a los modelos de la UE y la CAN como referencias de comparación, y teniendo presente que no es correcto hablar en el caso de las opiniones consultivas ni de recursos de prejudicialidad ni de interpretaciones prejudiciales³⁰, puede sostenerse que conforme a las previsiones del Reglamento al Protocolo de Olivos (RPO) éstas son: "*pronunciamientos fundados del Tribunal Permanente de Revisión en torno a preguntas de carácter jurídico respecto de*

²⁵ Artículo 40 PO. Aunque se trata de un tecnicismo, cabe apuntar que por Sección Nacional debe entenderse una oficina o dirección específica del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Parte del que se trate.

²⁶ Artículo 41 PO.

²⁷ Artículo 42 a 44 PO.

²⁸ Artículo 17, 1er. Párrafo PO.

²⁹ Artículo 17, 3er. Párrafo PO.

³⁰ Al respecto el TPR sostuvo en la OC



la interpretación y aplicación de las normas Mercosur en un caso concreto, con el objeto de resguardar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Parte”.

Sólo pueden solicitarlas los Eps y los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR³¹; aunque con posterioridad también se sumó al listado de sujetos activos el Parlamento del MERCOSUR³².

Finalmente, se otorga competencia activa para solicitar opiniones consultivas a los Superiores Tribunales de Justicia de los Eps, dejándose en mano de éstos –en estricta aplicación del principio de subsidiariedad- la facultad de su reglamentación procedimental interna³³.

En cuanto a su alcance, la interpretación podrá solicitarse únicamente respecto del plexo normativo común, ya sea que se trate de normativa originaria como lo es el TA o de normativa derivada de los órganos decisorios del MERCOSUR; quedando vedado al TPR toda opinión o intervención en torno a hechos o derecho interno de los Eps.

Por su parte, resulta necesario poner de manifiesto que conforme lo establece el artículo 11 del RPO *“Las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias.”*

Esta ausencia de *imperium* u obligatoriedad, aún cuando puede considerarse su punto débil y llevar a situaciones no deseadas como el desconocimiento de un pronunciamiento por parte del solicitante³⁴, no le quitan la importancia ni el valor jurídico emergente del hecho de que para que el TPR pueda expresarse –previamente- deben transitarse determinados procedimientos y buscado acuerdos³⁵ que permiten

³¹ Artículo 3 RPO. “1. Todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, el CMC, el GMC o la Comisión de Comercio del MERCOSUR (en adelante CCM), podrán solicitar opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM...”

³² El artículo 13 de su Protocolo Constitutivo (Dec.CMC n°23/05) prevé: *“El Parlamento podrá solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión.”*

³³ Artículo 4 RPO *“...El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR...”*. Asimismo, ver artículo 1 Dec.CMC n°2/07.

³⁴ Situación acontecida en el marco de la Opinión Consultiva n°1/07, requerida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay en el caso “Northia SA”.

³⁵ Tal es el caso de las opiniones requeridas por los Estados Parte que requieren del consenso.



presuponer con la provisoriedad del caso que la opinión consultiva emitida será debidamente aplicada al caso concreto.

III. UNA PROPUESTA SUPERADORA: CREACIÓN DE LA CORTE DE JUSTICIA DEL MERCOSUR

Por último, resulta ineludible destacar el proyecto de creación de Corte de Justicia del MERCOSUR, impulsado mediante el Acuerdo Político del Parlamento del MERCOSUR con el Consejo Mercado Común en el mes de octubre de 2010³⁶.

Sin perjuicio de dejar sentada mi posición personal en contra de este proyecto, puede señalarse que prevé grandes cambios en torno al tema en estudio³⁷. Entre ellos se destaca el carácter judicial de la Corte y la garantía de su independencia, mediante un sistema especializado para la conformación de su presupuesto³⁸.

Los jueces deben ser nacionales de los Eps y se designa un titular y un suplente por cada uno de ellos por un período de seis (6) años renovable; pudiéndose modificar el número de jueces a propuesta de la misma Corte con participación del Parlamento del MERCOSUR³⁹.

En cuanto a las calificaciones para acceder al cargo, se prevé que los jueces deben gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones de las más altas funciones jurisdiccionales en su país. Garantizándoseles absoluta independencia en el ejercicio de sus funciones, debiéndose abstener de cualquier actuación incompatible con el cargo y la independencia que éste le impone⁴⁰.

³⁶ CMC/DEC. N°28/10.

³⁷ Si bien no corresponde explayarse sobre el particular debido a que podría escribirse todo un trabajo de análisis en torno al Proyecto, dejaré reflejada mi posición. La supranacionalidad en el propio TPR, Tribunal de Justicia o Corte de Justicia del Mercosur (como se lo quiera llamar) no representa la solución para los problemas que padece actualmente el proceso de integración. Afirmación que se valida al tomar como referencia el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, aún siendo un Tribunal de tinte intergubernamental, es reconocido a nivel mundial como un modelo exitoso y de referencia obligada. No debemos olvidar que la razón de ser del derecho y las normas son la regulación de la vida en sociedad, y en el caso del Mercosur de la convivencia de los Estados Parte. Y ello es tan así que el legislador mercosureño escogió desde el momento mismo de su creación un sistema de integración macro donde cada poder interno de los Estados se mantiene intacto y plenamente soberano en sus competencias. Por ende, la pretendida supranacionalidad –entiendo- debe buscarse en los órganos con capacidad decisoria del Mercosur y no en su sistema de solución de controversias.

³⁸ Artículo 1.

³⁹ Artículos 1 y 6.

⁴⁰ Artículos 3 y 4.



Los Tribunales Supremos de cada Estado Parte elaborarán, para cada cargo de juez, una terna de candidatos de la cual en forma plenaria y por mayoría simple elegirán un candidato nacional de cada Estado Parte y su respectivo suplente⁴¹.

Finalmente, este proyecto prevé un mecanismo específico para proceder a la remoción de los jueces⁴², junto a recursos o procedimientos de actuación específicos debidamente reglamentados y una novedosa forma de establecer el presupuesto general para funcionamiento de toda su estructura.

IV. CONSIDERACIONES Y REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO DE SITUACIÓN DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR

Como se ha dicho, la particular visión economicista sobre la que se construyó el MERCOSUR encontró su fiel reflejo en el PB, que instauró un sistema de solución de controversias arbitral del tipo ad hoc, cuyas cláusulas se inspiraron casi con precisión absoluta en las Reglas Modelo para el arbitraje comercial internacional.

Luego de diez laudos emitidos bajo el amparo de este sistema y haciéndose eco de la letra misma del Protocolo, así como de los reclamos de la doctrina y organizaciones profesionales, se suscribió el PO.

Justo es reconocer que en aquella época resultaba imperioso producir un cambio, principalmente, en orden a dotar al sistema de carácter permanente, brindar accesibilidad a los particulares y modificar aquellas particularidades que no se adecuaban a los deseos o expectativas depositadas en el sistema por los Eps y diversos sectores de la sociedad.

Este nuevo instrumento jurídico internacional continuó con el sistema arbitral, pero en este caso mixto, compatibilizando la coexistencia de una instancia ad hoc con otra institucionalizada y permanente mediante la creación del TPR.

⁴¹ Artículos 5, 6 y 7.

⁴² Artículo 8.



El TPR puede actuar en instancia única, pero –fundamentalmente- también como órgano revisor de laudos emitidos por un Tribunal Ad Hoc. En este último supuesto la revisión a la cual se encuentra habilitado el TPR lo es sólo respecto de la correcta aplicación del derecho. En consecuencia, actúa como un Tribunal de Casación de un pronunciamiento anterior y no como una segunda instancia de alzada.

Es en este punto donde puede encontrarse la primera crítica al PO, ya que lógico sería tener una instancia de apelación en un sistema jurisdiccional de tinte judicial, pero en nada se condice lo aprobado por éste respecto de un sistema arbitral comercial.

Más aún, si se toma en consideración la letra del párrafo primero del art. 1 del PO se advierte que el marco competencial de los tribunales arbitrales ad hoc y del TPR es sumamente amplio, abarcando la totalidad de la normativa MERCOSUR vigente, sea que esta trate de asuntos comerciales, culturales, cooperación judicial en materia civil y penal, etc.. Circunstancia recientemente reafirmada por el TPR en oportunidad de emitir el Laudo N°1/2012, respecto de la suspensión de los derechos de Paraguay y la incorporación de Venezuela como Estado Parte.

Pero, a la par, cabe señalar que el procedimiento establecido para la solución de controversias mediante el arbitraje se ha pensado exclusivamente para cuestiones comerciales, lo que deja de momento sin posibilidad de acudir al sistema ante un conflicto de otra índole; salvo que el propio tribunal actuante estableciera para el caso concreto un procedimiento especial.

Finalmente, el PO trajo consigo la posibilidad de que el TPR emita opiniones consultivas. Opiniones que tras su reglamentación se han caracterizado -reitero- por su “no obligatoriedad”, lo cual aún teniendo en cuenta la posibilidad de generar interpretación armónica para la aplicación de las normas MERCOSUR por los cuatro Eps, le quita su verdadera razón de ser si se toma como referencia el ejemplo europeo o andino.

Dicho esto, corresponde preguntarse cómo ha sido el desenvolvimiento del TPR desde su creación y si ha representado un acierto o desacierto para el esquema de controversias. Sin perder de vista al momento de responder que nos encontramos ante un procedimiento sumamente nuevo, en el cual el propio TPR reconoce sólo ocho



años de actuación efectiva desde su Instalación y cuatro años de estructura operativa representada por su Secretaría (ST).

En términos cuantitativos, el TPR intervino desde su creación en tres asuntos, producto de la presentación de sendos recursos de revisión con laudos emitidos por Tribunales Arbitrales Ad Hoc y la presentación al amparo del procedimiento para casos excepcionales de urgencia planteado por la República del Paraguay -CMC/Dec. N°23/04.

Uno de ellos fue el caso de “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados” entre Argentina y Uruguay, que permitió por primera vez transitar todas las etapas previstas por el Protocolo de Olivos. Hecho que resultó beneficioso a la hora de señalar las dificultades y virtudes del propio sistema.

Comenzando por el Laudo N°1/05 (el primero de su historia), en el marco de este procedimiento el TPR se expidió en cinco oportunidades -entre Laudos y Aclaratorias-. Pero sumó también un pronunciamiento que a mi entender fue descuidado inmerecidamente: la Resolución TPR N°1/08, mediante la cual el TPR en pleno resolvió por primera vez una cuestión de previo pronunciamiento de carácter exclusivamente procesal o procedimental, recurriendo a la creación de un esquema pretoriano derivado de los lineamientos generales de Olivos y haciendo funcionar al Plenario como Tribunal de Alzada de un Tribunal previamente constituido con miembros del propio TPR.

El segundo asunto en que intervino fue el entablado por Argentina y Uruguay por “Interrupción de la libre circulación mediante cierre de Puentes fronterizos”. En este caso la particularidad que se observó fue que a pedido de los Estados Parte en la controversia el Tribunal se constituyó en Pleno para resolver. En su desarrollo se pronunció en dos oportunidades.

En cuanto al tercer asunto, simplemente resta poner de manifiesto que el TPR se ha expresado reconociendo su competencia para entender en controversias relativas al análisis de legalidad y formas en la aplicación del Protocolo de Ushuaia, aunque absteniéndose de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión entablada por considerar



que no se habían cumplido las formas requeridas por el Protocolo de Olivos para acceso al TPR en instancia única.

Pero en ejercicio de sus competencias, el TPR también intervino en tres solicitudes de Opiniones Consultivas requeridas por Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Parte.

La primera, OC N°1/2007, requerida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, resultó importante y original; aunque mostró por parte de los árbitros tantas posturas como árbitros participaron.

Las dos restantes, OC N°1/2008 y OC N°1/2009, fueron requeridas por la Corte Suprema de Justicia de la República Oriental del Uruguay, respecto de cuestiones relacionadas a derechos de importación. Si bien se las criticó por no haber adoptado el TPR una posición proactiva definiendo cuestiones que debían tratarse o definirse por la propia judicatura uruguaya⁴³, ambas trajeron claridad sobre el asunto puesto en estudio y reafirmaron criterios como la primacía del derecho de la integración y la necesidad de que sean los tribunales nacionales quienes deben efectuar definiciones, así como análisis de aplicabilidad o no de la norma MERCOSUR al caso concreto, previo a dar intervención al TPR.

En cuanto al cumplimiento de laudos emitidos por el TPR, aun cuando puede cuestionarse el sistema actual –y personalmente creo que sobre este aspecto debe trabajarse-, no cabe duda alguna de que la metodología escogida por el Protocolo funciona. Así es como ante el incumplimiento del Laudo N°1/05 por parte de Argentina y ante reclamo de Uruguay, el TPR convalidó las medidas compensatorias impuestas a Argentina por este último hasta tanto cumpliera con las obligaciones que le fueron impuestas por dicho Laudo. Circunstancia que se convalidó mediante el Laudo N°1/08 en el planteo interpuesto por Uruguay por “Divergencia en el cumplimiento de Laudo”.

Otro aspecto que debe analizarse es la baja tasa de conflictividad que llega a los TAH o al propio TPR. La respuesta es simple: por un lado los Estados han optado por intentar resolver sus controversias en el ámbito de la Comisión de Comercio del

⁴³ Lo cual, por cierto, hubiera implicado por parte del Tribunal un apartamiento de las competencias que le han sido asignadas por el PO.



Mercosur (CCM), dentro de la etapa del procedimiento denominada administrativa. Pero también, las dificultades que se han observado en el transcurso de conflictos desarrollados ante el TPR y el descontento de los Eps en la conformación de los Tribunales específicamente conformados, han generado un temor con suficiente entidad para motivarlos a evitar la etapa jurisdiccional del proceso.

Es de hacer notar que aun cuando el TPR cuenta con una estructura propia operativa institucional, representada por la ST, la gran mayoría de las funciones administrativas en el marco del procedimiento de solución de controversias -sea que se trate de aspectos organizativos o de intervenciones en etapas jurisdiccionales- se encuentran bajo competencia de la Secretaría del Mercosur (SM). Circunstancia que obedece al hecho de que en la época de la firma del PO se omitió todo tipo de referencia a una Secretaría del TPR, siendo esta una creación posterior que se perfeccionó con la entrada en vigencia del Reglamento al Protocolo de Olivos (RPO). Y tanto es así, que el 17 de diciembre de 2007 se suscribió el Protocolo Modificatorio de Olivos –aún no vigente-, que establece que la ST es parte orgánica del TPR y transfiere las competencias actualmente en cabeza de la SM a la ST.

Retomando el análisis general, debe señalarse que el PO también incorporó en su artículo 1 párrafo 2do, una cláusula por demás cuestionable, la opción de foro. Ésta habilita a los Eps a que de existir un conflicto para cuyo caso se encuentre prevista la posibilidad de recurrir a otro foro de solución de controversias, aun cuando se trate de colisión de normas MERCOSUR, puede dejarse de lado el sistema del PO y recurrirse a esa jurisdicción extraña al proceso mismo. En palabras simples: es como tener invitados a cenar, ofrecerles comida especialmente preparada para la ocasión, pero por las dudas el anfitrión pide comer comida de un delivery.

Sobre este particular no puedo más que recordar una de mis últimas conversaciones con alguien que nos ha dejado físicamente hace pocos años, pero que entiendo permanecerá entre quienes la conocimos y compartimos trabajo, amistad y discusiones. Me refiero a la Dra. Berta Feder.

Al discutir sobre esta nueva herramienta me dio un punto de vista positivo ¿por qué ver la botella medio vacía si es posible verla medio llena? Con esto me explicó que a su criterio la opción de foro -aunque cuestionable- venía a cubrir un déficit del sistema



jurídico-jurisdiccional del MERCOSUR, dejando en claro la regla de que si la opción era recurrir a este sistema y no a otro, no cabía luego la posibilidad de cuestionarlo o desatender las resoluciones (vale decir Laudos) que en su desarrollo pudieran dictarse.

Otro cambio se observa con la modificación de la obligatoriedad de intervención del Grupo Mercado Común (GMC) en la etapa administrativa del procedimiento controversial, transformándola en una facultad opcional de los Estados Parte en la controversia. Esta mudanza no sólo simplifica y agiliza el procedimiento, sino que permite a los Estados Parte en la controversia mantener las discusiones entre ellos sin necesidad de “abrir el juego” a aquellos otros Estados que no se encuentran involucrados; lo cual supone –en principio- un mayor margen de discrecionalidad en la negociación y control por las partes.

Mencionadas estas modificaciones, que en lo personal considero de trascendental importancia, hay quienes desde diferentes sectores han referido que el cambio introducido por Olivos se quedó a mitad de camino.

En tal sentido, no pocas han sido las críticas al sistema y las propuestas al respecto. Así, en ocasión de la VII reunión de Cortes Supremas de Justicia del Mercosur se propuso la creación de una Corte de Justicia del Mercosur ad hoc, integrada por representantes de las Cortes de los Estados Parte. Esta iniciativa no ha tenido acogida.

Posteriormente, los miembros del Parlamento del Mercosur Salum y Rodríguez Saá presentaron en su seno un proyecto de creación de una Corte de Justicia supranacional del MERCOSUR en reemplazo del TPR y previendo un procedimiento específico.

De su simple lectura del proyecto se advierte que éste es prácticamente una traslación del sistema europeo al MERCOSUR. Ello no lo descalifica de pleno, pero no podemos olvidar que las realidades de uno y otro proceso de integración fueron y son completamente diferentes.



En líneas generales el proyecto cambia el paradigma orientándolo hacia una corte judicial cuyos miembros son elegidos por decisión de los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Parte y cuyo presupuesto debe nutrirse de fondos provenientes de las rentas comunes derivadas del sistema aduanero común.

Además, aun cuando el proyecto pueda ser calificado como bueno o malo, su operatividad conlleva la necesidad de modificar el POP, que como todos sabemos establece la intergubernamentalidad del proceso de integración⁴⁴. Errado y forzado es pensar que esta característica lo es únicamente respecto de algunos órganos del MERCOSUR y no de todos.

Aquí me permito señalar que aun cuando *a priori* este proyecto puede parecer un esquema ideal, no responde a las necesidades actuales del MERCOSUR. Crear una Corte cuando aún no se han hecho los esfuerzos necesarios para hacer funcionar el sistema existente suena “utópico” cuando no “incrédulo”.

En este sentido, bien se ha reconocido en el Acuerdo Político aprobado mediante Dec.CMC N°28/10 la necesidad de transitar hacia una corte como la propuesta por el Parlamento del MERCOSUR, pero favoreciendo o impulsando reformas paulatinas al sistema hoy existente.

De esta forma, creo que la eliminación de la opción de foro, la democratización mediante participación de nuevos actores en la selección de los árbitros, eliminación del sistema ad hoc, aprobación de un procedimiento genérico para supuestos de conflictos no comerciales y la imposición de plazo y obligación a las Secciones Nacionales al momento de aceptar o rechazar una presentación realizada por un particular en los términos del art. 39 del PO, son soluciones paulatinas que pueden derivar en una futura concreción de la pretensa Corte.

Sin embargo, de momento no me encuentro en posición de continuar defendiendo una de mis propias conclusiones al momento de defender mi tesis doctoral hace ya 11 años, en el sentido de que este sistema debe reconocer el carácter supranacional – aunque claro está que hacia tal dirección deberá encaminarse el sistema jurídico del MERCOSUR-. Sobre este aspecto y luego de haber tenido la posibilidad de participar

⁴⁴ Artículo 2 POP.



en forma directa en el proceso, he llegado a la conclusión de que la supranacionalidad en el propio TPR, Tribunal de Justicia o Corte de Justicia del MERCOSUR (o como sea que se lo quiera llamar) no representa la solución para los problemas que padece actualmente el proceso de integración. Afirmación que se valida al tomar como referencia el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, aun siendo un Tribunal de tinte intergubernamental, es reconocido a nivel mundial como un modelo exitoso y de referencia obligada.

No debemos olvidar que la razón de ser del derecho y las normas son la regulación de la vida en sociedad, y en el caso del MERCOSUR de la convivencia de los Estados que lo conforman. Y ello es tan así que el legislador mercosureño escogió desde el momento mismo de su creación un sistema de integración macro donde cada poder interno de los Estados se mantiene intacto y plenamente soberano en sus competencias.

De tal forma, me permito concluir estas reflexiones afirmando la necesidad de formar y capacitar a los ciudadanos y –principalmente- a los abogados para que éstos apliquen en sus quehaceres cotidianos las normas MERCOSUR vigentes.

Pero fundamentalmente, capacitar y formar magistrados para que conozcan el derecho del MERCOSUR, concientizando a sus máximos responsables nacionales de que son ellos y no otro, en ejercicio de sus competencias como poder del Estado, quienes tienen la posibilidad real y la obligación jurídico-política de establecer la coherencia, aplicación o inaplicación de las normas MERCOSUR a los casos concretos que se les presentan, resolviendo las eventuales reclamaciones que los particulares pudieran iniciar contra los otros poderes de sus propios Estados ante la inobservancia de su obligación de cumplimiento de un tratado internacional.

BIBLIOGRAFÍA

BERTONI Liliana (2006). *Laudos arbitrales en el Mercosur*, Editorial Ciudad Argentina.

BIANCHI GÓMEZ Eduardo (2002). "Protocolo de Olivos: modificaciones en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR y perspectivas", *E.D. Administrativo*, vol. 2001/2002.



BIOCCA Stella Maris (1996). "Propuesta de sistema permanente de solución de controversias en el MERCOSUR", en MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (Coord.) *Integración eurolatinoamericana*, Editorial Ciudad Argentina.

BLOCH Roberto e IGLESIAS Daniel (1995). *Solución de controversias en el MERCOSUR*, Editorial Ad Hoc.

BOLDORINI María C (1994). "Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias" en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°6, Rubinzal Culzoni.

BONESSO de ARAUJO Luiz y PODETTI Humberto (Coord.) (2007). *Integración y derecho*, Editorial Ediar.

CAIVANO Roque (2008). *Arbitraje*, Editorial Ad Hoc, 2da. Edición.

CAIVANO Roque GOBBI Marcelo y PADILLA Roberto (2006). *Negociación y mediación*, Editorial Ad Hoc, 2da. Edición actualizada y ampliada.

CZAR de ZALDUENDO Susana (1999). "Solución de Controversias en el Mercosur: Reglamentación del Protocolo de Brasilia", en: *El Derecho* de 29/3/99.

_____ (2005). "La competencia consultiva en el MERCOSUR", en: *La Ley Suplemento Constitucional*, 28/11/05.

DELUCA Santiago (2003). *Unión Europea y Mercosur: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Editorial Rubinzal Culzoni.

_____ (2007). "Acceso a la Justicia en los Procesos de Integración: del paradigma europeo al MERCOSUR", en: *La Ley Online*, noviembre de 2007.

_____ (2008). "La actualidad del Tribunal Permanente de Revisión", en: www.aduananews.com.ar n°85, (consulta realizada noviembre de 2008).

_____ (2010). "Análisis de la facultad consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur", en: *Aduananews* n°101, agosto.



_____ (2011). "El procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur", en: Molina del Pozo Carlos y Pizzolo Calogero Coord., *La Administración de justicia en la Unión Europea y el MERCOSUR*, Eudeba.

_____ (2011). "Naturaleza jurídica del sistema de controversias del Mercosur", en: Molina del Pozo Director, *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el MERCOSUR*, Eudeba.

_____ (2012). "Aquella herramienta olvidada: el sistema jurídico del Mercosur", en: www.mercojuris.com (consulta realizada junio 2012).

_____ (2012). "El Mercosur: ¿un rompecabezas de posible solución?", en: www.mercojuris.com (consulta realizada 18 de julio de 2012).

DREYZIN de KLOR Adriana (1995). "El sistema de solución de controversias en el MERCOSUR", en: *La Ley*.

FERNÁNDEZ ARROYO Diego (2007). "La respuesta del Tribunal Permanente del MERCOSUR a la primera "consulta interpretativa". Escoba nueva siempre barre más o menos", en: *Jurisprudencia Argentina*, III, Fasc.1.

GONZÁLEZ GARABELLI Carlos A (2004). *Procesos de Integración. MERCOSUR. Solución de Controversias*, Fundación Konrad Adenauer.

HIGHTON Elena y ÁLVAREZ Gladys (2008). *Mediación para resolver conflictos*, Ad Hoc, 3ra. Reimpresión.

MORENO RODRÍGUEZ José A. (Coord.) (2003). *Arbitraje y Mediación*, Intercontinental Editora.

NEGRO Sandra (Dir.) (2010). *Derecho de la Integración*, Editorial BdeF.

PEROTTI Alejandro Daniel (2008). *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Editorial Marcial Pons.

PIMENTEL Luiz Otávio y DREYZIN de KLOR, Adriana (2004). "O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL", en: *Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e MERCOSUL*, Fundación Konrad Adenauer.



PIZZOLO Calogero (2010). *Derecho e integración regional*, Ediar.

REY CARO Ernesto (2002). "El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR", en: *Anales de la Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, vol. XLI.

ROBIOLO Jorge A (2007). "Derecho arbitral", *La Ley*.

RUFINO Marco A (1992). *El proceso arbitral*, Ad Hoc.

RUÍZ DÍAZ LABRANO Roberto (1998). *Mercosur: integración y derecho*, Ciudad Argentina ed.

SANTIAGO DELUCA: Abogado, UBA. Doctor en Derecho. Especialización en Derecho de la Competencia Europeo y Español. Estudios Internacionales y en Gestión y Administración de Instituciones Públicas. Docente Derecho de la Integración, UBA. Miembro de Organizaciones nacionales e internacionales relativas al comercio internacional y las relaciones internacionales. Durante el período 2008/2011 se desempeñó como Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Autor de libros y artículos de especialidad en publicaciones nacionales e internacionales. Prof. invitado de la Maestría en Integración Latinoamericana y la Especialización en Políticas de Integración en la materia "Derecho de la Integración", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Fecha de recepción: 10-10-2012

Fecha de aceptación: 28-10-2012