

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

**Anuario
Argentino
de
Derecho
Internacional**

X

2000

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

I.S.B.N. N° 987-528-017-8

© ***Asociación Argentina de Derecho Internacional***
Queda hecho el depósito que prevé la Ley 11.723

**LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EN EL MERCADO COMÚN DEL SUR:
ANTE UN MODELO ABIERTO Y DINÁMICO**

*Antonio Martínez Puñal**

Ante todo queremos señalar que las razones que nos han movido a ocuparnos del tema recogido en el título hay que explicarlas en el contexto de los grandes cambios políticos y económicos que se vienen sucediendo en el escenario internacional en esta década de los noventa, conforme a una dinámica, dominada por un complejo fenómeno de globalización y regionalización, en la cual varios procesos de integración regional han cobrado fuerza en América Latina, siendo el del MERCOSUR el que concita una mayor atención, al manifestarse como uno de los esquemas que mejor expresan el nuevo modelo integracionista en torno al que busca alcanzar su pleno desarrollo el mundo latinoamericano.

Ciertamente, el MERCOSUR ofrece al analista un campo extraordinariamente atractivo para el estudio de las claves jurídico-institucionales y económicas en torno a las que se dinamizan los objetivos de integración en

(*) Miembro correspondiente de la AADI. Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales- Director del Departamento de Derecho Público y Teoría del Estado de la Universidad de Santiago de Compostela.

el Cono Sur, y, por tanto, para el examen en particular de los mecanismos de solución de controversias que progresivamente contribuirán a ir fortaleciendo los propios fines integracionistas.

De acuerdo con una perspectiva como ésta, creemos que uno de los elementos principales que le dan solidez a un *proceso de integración regional* o *subregional* -concebido desde los esquemas propios del fenómeno de la organización internacional- consiste en la incorporación de un *mecanismo de solución de controversias* que forme parte directamente del Acuerdo.

Es imprescindible aportar *seguridad jurídica* desde su inicio al proceso integrador, no sólo para el ámbito político de los Estados sino también para el ámbito privado, extensiva, por lo tanto, a las personas *físicas y jurídicas*. Esto es muy importante, sobre todo, en acuerdos que contemplan en algún momento de su vigencia algún tipo de *transferencia* de competencias de los Estados Partes a instituciones permanentes creadas especialmente, implicando ello derogaciones parciales del principio de soberanía absoluta de los Estados, dotando a esas instituciones de poder de decisión, de fuerza política, al objeto de encauzar éstas su actividad por medio de estrictas normas de derecho.

Y es en el contexto del proceso de integración subregional que representa el MERCOSUR en el que, como decimos, queremos centrar nuestras reflexiones anteriores para valorar los *mecanismos de solución de controversias* de que se ha dotado, y aún debe ser acabado de dotar, este fenómeno de integración, en tanto ellos constituyen una dimensión del proceso, a nuestro juicio, indispensable para avanzar y profundizar en los procesos integracionistas que se persiguen.

El MERCOSUR se concibe como un *proyecto abierto* que deberá evolucionar progresivamente y en distintas fases, y, por tanto, como un esquema dotado de un *sistema institucional* transcendido por un *carácter evolutivo*, que le permite ir adaptándose al propio ritmo del proyecto integrador; dinámica desde la que, por tanto y ya ante todo, hay que explicar, en particular, la naturaleza del *mecanismo de solución de controversias* del que se sirve el MERCOSUR; es decir una dinámica dominada por la *transitorie-*

dad, y pensada para, con el tiempo, desembocar en un *sistema definitivo y permanente*.

Sin duda, es el MERCOSUR fruto de muy diversas experiencias vividas, desde tiempo atrás, en el campo del intercambio comercial entre los países latinoamericanos. En el *Tratado de Asunción*, de 26 de marzo de 1991 -en vigor desde el 29 de noviembre de dicho año- se recoge la decisión de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay de articularse económicamente con el objetivo de establecer un *Mercado Común*.

Conforme a su plan de acción, el Mercosur ha superado casi totalmente la fase de la *Zona de Libre Comercio*, representando en estos momentos una *Unión Aduanera* casi completa. Ahora bien, siendo el objetivo principal del MERCOSUR, el aún no alcanzado *Mercado Común*, mediante el ejercicio de las libertades de circulación de servicios y factores productivos, entendiendo por éstos el capital y el trabajo -con la eliminación de toda forma de discriminación-, se hace necesario para llegar a este estadio la plena consolidación de la Zona de Libre Comercio y de la Unión Aduanera. Estamos en este momento en una etapa provisional en la que la Zona de Libre Comercio deberá estar concluida el 1 de enero del 2000, mientras que la Unión Aduanera debería estarlo el 1 de enero del 2006. Nos hallaríamos ante una ampliación de la primitiva etapa provisional acordada en el Tratado de Asunción para el establecimiento de un Mercado Común, con fecha final en el 31 de diciembre de 1994, la cual se revelaría como imposible¹.

Mas, si bien es cierto que el MERCOSUR se encuentra razonablemente *consolidado*, procede señalar que se trata de un fenómeno que debe preservar sus esfuerzos mediante una profundización sustantiva de las relaciones entre sus integrantes (en campos distintos como la salud, medio ambiente, educación, cultura, ciencia, tecnología, justicia y tantos otros), junto a la que deben correr en sintonía no sólo un gradual, pero realista, *perfec-*

(1) MARTÍNEZ PUÑAL, A.: "El Mercado Común del Sur (MERCOSUR): Antecedentes y Alcance del Tratado de Asunción", en *MERCOSUR. Nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Coord. J. PUEYO LOSA y E. J. REY CARO, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, e.p.

cionamiento de su estructura institucional, sino también una revalorización de su Derecho propio. Siendo precisamente estos los parámetros desde los que buscamos examinar y valorar el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, estamos convencidos de que, aun desde los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio en torno a los que ha actuado y debe seguir actuando el MERCOSUR, se exige contar con un sistema cada vez más eficaz y permanente de solución de las controversias.

El MERCOSUR se concibe como una realidad duradera y por ello, desde su perspectiva institucional, se ha dotado, desde luego, de unos órganos propios, encargados de velar por la conservación y continuidad del proceso integracionista.

Ahora bien, una de las *singularidades* del MERCOSUR radica precisamente en el carácter *evolutivo* y *flexible* desde el que se concibe su estructura orgánica.

En el proceso de integración del MERCOSUR se estableció, como acabamos de recordar, un período de transición, comprendido entre el 29 de noviembre de 1991, fecha, como ya dijimos de entrada en vigor del Tratado de Asunción, y el 31 de diciembre de 1994, período previsto por este Tratado para el establecimiento del Mercado Común, durante el cual los Estados Partes habrían de convocar una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones, según se recoge en el art. 18 del Tratado de Asunción; lo que explica su capacidad de *adaptación progresiva* al ritmo de la propia evolución del proceso integrador.

Así, y de acuerdo con las con las propias previsiones contenidas en el Tratado de Asunción, se aprobó, el 17 de diciembre de 1994, el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Estructura Institucional del Mercosur (Protocolo de Ouro Preto), al objeto de “*adaptar la estructura institucional del Mercosur a las transformaciones ocurridas*”.

En el art. 1º del Protocolo de Ouro Preto se traza la estructura institucional del MERCOSUR, siguiendo las pautas recogidas en el Tratado de Asunción, al disponerse que contará con los conocidos órganos:

El Consejo del Mercado Común (C.M.C.);
El Grupo Mercado Común (G.M.C.);
La Comisión de Comercio del Mercosur (C.C.M.);
La Comisión Parlamentaria Conjunta (C.P.C.);
El Foro Consultivo Económico y Social (F.C.E.S.); y
La Secretaría Administrativa del Mercosur (S.A.M.).

A la vista de las notas fundamentales que caracterizan a cada uno de los órganos del MERCOSUR, y al propio sistema de adopción de decisiones, se observa que los cambios operados por el Protocolo de Ouro Preto han sido muy tenues y escasos, al conservar básicamente la naturaleza “*intergubernamental*” del proceso reconociendo el propio art. 2 que los órganos con capacidad decisoria son de “*naturaleza intergubernamental*”, sino también que, según establece el art. 37, las decisiones de los órganos del MERCOSUR serán tomadas por consenso y con presencia de todos los Estados Parte.

Pese a ello, no hay que olvidar que el propio Protocolo de Ouro Preto, en su art. 47, mantiene el objetivo revisionista de la estructura institucional del MERCOSUR, al prever a tal efecto la convocatoria, cuando los Estados miembros lo juzguen oportuno, de una nueva conferencia diplomática, disponiéndose en esta misma línea, en el Punto I, 3 del “Programa de Acción del MERCOSUR hasta el año 2000” que, antes de ese año, se realizará una nueva reflexión sobre las necesidades institucionales del MERCOSUR, consecuencia de la evolución de la Unión Aduanera y de la marcha hacia el Mercado Común.

No sólo la estructura orgánica del MERCOSUR nos acerca, por ahora, al diseño -aunque con ciertas variantes y particularidades- de la Organización internacional clásica de cooperación, sino que también el *Derecho del MERCOSUR* nos aproxima a un ordenamiento jurídico típico y derivado del fenómeno organizativo de cooperación, aunque trascendiendo aquí y al mismo tiempo no sólo el valor *obligatorio* de los actos del Derecho derivado sino también el juego de unas relaciones entre el Derecho del MERCO-

SUR y los Derechos internos fuertemente condicionado por el régimen de recepción especial desde el que se concibe, con las consiguientes consecuencias que de ello se derivan en cuanto al valor y alcance del Derecho del MERCOSUR. A nuestro juicio, el MERCOSUR para el logro de sus objetivos ha de dotarse, desde luego, de un derecho propio aprobado por sus órganos.

Frente a los vacíos del Tratado de Asunción -y aun ante las indeterminaciones del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, adoptado el 17 de diciembre de 1991-, en el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, bajo el término de *fuentes* se señala:

“Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

I. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios.

II. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos.

III. Las Decisiones del Consejo, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”.

A nuestro juicio, valorados los pronunciamientos que se dan en materia de fuentes tanto en el Tratado de Asunción como en los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, entendemos que las normas contenidas en el aptdo. I del art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, constituirían el *Derecho originario*, el cual estaría conformado por el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios. Las contenidas en el aptdo. II, conformarían el *Derecho complementario* y/o el *Derecho de las Relaciones Exteriores*, es decir los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos. Las recogidas en el aptdo. III, el *Derecho derivado*, es decir, las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Y en este punto también conviene señalar que en el MERCOSUR aunque no existe ninguna definición expresa sobre cuál es la jerarquía entre las

distintas normas que integran su ordenamiento jurídico no faltará una cierta gradación.

Procede en tal sentido hacer referencia al orden de preferencia recogido en el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto. Tendríamos, en primer lugar, el Derecho constitutivo u originario. En segundo lugar estarían los acuerdos externos (Derecho de las relaciones exteriores), los cuales en la medida en que se podrán realizar sobre la base de las competencias otorgadas en los textos constitutivos, como dice PÉREZ OTERMÍN, no podrán contradecirlos, de donde se deduce que se ubican en un rango inferior a éstos, y, por tanto, en un nivel superior al derecho derivado².

Por lo que respecta al Derecho complementario, a nuestro juicio, no hay ninguna duda de que, en tanto en cuanto pudieran tener su origen en compromisos asumidos en el Tratado de Asunción, formaría parte del Derecho del MERCOSUR. Su rango, en la medida en que estamos ante tratados internacionales subordinados al Tratado de Asunción, sería, a nuestro juicio, igual al del Derecho derivado, al menos mientras que éste siga siendo adoptado por consenso³.

(2) PÉREZ OTERMÍN, J: *Solución de controversias en el Mercosur. Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercosur*, Montevideo, 1992, p. 108.

(3) PÉREZ OTERMÍN escribe: "Surge de lo expresado que el denominado derecho complementario, si bien tiene un origen externo al derecho comunitario en sentido estricto, no por ello deja de tener una estrecha relación con él. Por tanto, no teniendo su fundamento en los textos constitutivos, no se lo puede considerar subordinado a ellos, aunque la coincidencia de objetivos, determina una necesaria *compatibilidad* entre ambos... Por tanto, aún cuando los Estados Partes actúan en la celebración de dichos convenios en el marco de sus competencias nacionales, no comprendidas expresamente dentro de los textos constitutivos del Mercosur, deberán seguir un criterio de compatibilidad con las normas allí establecidas... En cuanto a la relación del derecho complementario con el derecho derivado, en la medida en que la competencia para la celebración de tales convenios se mantiene en la órbita exclusiva de los Estados Partes, en principio, los órganos del Mercosur no tienen competencia para intervenir, salvo que en dichos convenios se estableciere" (PÉREZ OTERMÍN: *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico-Institucionales*, Montevideo, 1995, cit., pp. 109-110). PÉREZ OTERMÍN señala que tanto el Derecho de las "relaciones externas" como el Derecho complementario caben ser considerados en un sentido amplio como Derecho comunitario (*Ibid.*, pp. 93 y 108).

Dentro del Derecho derivado, juzgamos que existe un orden de preferencia -a ser tenido en cuenta asimismo por los Tribunales arbitrales-, en virtud del cual serían de aplicación en primer lugar las Decisiones del Consejo del Mercado Común; en segundo lugar, las Resoluciones del Grupo Mercado Común, y, en tercer lugar, las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Por lo que respecta a las relaciones entre el Derecho del MERCOSUR y los Derechos internos, procede señalar que, de forma distinta a lo que ocurre en el ordenamiento jurídico comunitario europeo, en el *ordenamiento jurídico del MERCOSUR* se aprecia la *ausencia* de algunas de las características fundamentales y básicas que permitirían calificarlo como *Derecho Comunitario*. De forma sucinta, diremos que el ordenamiento mercosureño carece de las notas de *autonomía, primacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo* de las que goza el sistema jurídico comunitario europeo.

Ante todo, las normas del MERCOSUR no son objeto de aplicación inmediata, sino que, al contrario, precisan ser incorporadas al ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, aun teniendo un carácter obligatorio, deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

Además, las normas del MERCOSUR *no son aplicables directamente*. Los Estados Partes sólo se comprometieron, con el Protocolo de Ouro Preto, “a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR (...)”, tal como consta en el art. 38 de dicho Protocolo.

Por otra parte, ni el Tratado de Asunción ni el Protocolo de Ouro Preto, y menos aun las decisiones de los órganos comunitarios, consagraron dispositivo alguno que garantizara la *primacía* de las normas aprobadas en el MERCOSUR sobre las normas internas de los Estados partes. Sería suficiente el haber establecido la prohibición o la imposibilidad jurídica del Estado de aprobar legislación contraria a la adoptada por el MERCOSUR.

La jerarquía de las disposiciones que componen el Derecho del MERCOSUR en relación con las normas jurídicas internas continuará, a efectos prácticos, dependiendo, al igual que su incorporación a los ordenamientos internos, de la relación *ex intra* de los Derechos internos y el Derecho del MERCOSUR, la cual de acuerdo con los principios y reglas previstos en las respectivas constituciones va desde una relación de superioridad del Tratado sobre la Ley en las Constituciones argentina y paraguaya a una relación de igualdad en las Constituciones brasileña y uruguaya, con la consiguiente posible derogación, en estos dos últimos casos, de la norma internacional -inclusive del propio Tratado de Asunción- por una norma nacional posterior, mediante una aplicación indebida, a la luz del Derecho Internacional, del principio *lex posterior derogat priori*.

A la vista de lo expuesto, quisiéramos subrayar aquí que el régimen de incorporación de la normativa del Mercosur da lugar a albergar serias interrogantes sobre la viabilidad del sistema en un futuro, sobre todo ante un previsible aumento del número de normas en el marco de la consecución de un mercado común.

Todo este conjunto de características llevaría a algunos autores como los Profesores brasileños GARCÍA ALVAREZ⁴, ALVARES GARCÍA JÚNIOR⁵, CASALI BAHÍA⁶ y WANDERLEI RODRIGUES⁷, el Profesor

(4) GARCÍA ALVAREZ, A.: "Conflito entre normas do Mercosul e Direito Interno", *Mercosul. Lições do Período de Transitoriedade*, (Cordenação: C. RIBEIRO BASTOS y C. FINKELSTEIN), São Paulo, 1998, p. 30.

(5) ALVARES GARCÍA JÚNIOR, A.: *Conflito entre normas do Mercosul e Direito interno. Como resolver o problema? O caso brasileiro*, São Paulo, 1997, p. 99; *Id: Mercosul Hoje*, São Paulo, 1998, p. 20.

(6) CASALI BAHÍA, S.J.: "A supranacionalidade no Mercosul", *MERCOSUL. Lições do Período de Transitoriedade*, (Cordenação: C. RIBEIRO BASTOS y C. FINKELSTEIN), São Paulo, 1998, pp. 194-195.

(7) WANDERLEI RODRIGUES: "Mercosul: alguns conceitos básicos necessários à sua compreensão", *Solução de controvérsias no Mercosul*, H. WANDERLEY RODRIGUES org., Porto Alegre, 1997, p. 37.

argentino REY CARO⁸ y el uruguayo SANGUINETTI⁹, a presentar reparos respecto a la utilización de la expresión Derecho Comunitario en el contexto del MERCOSUR. Pero en última instancia, lo que trasciende es, como ha escrito el Profesor PUEYO LOSA, la necesidad de ir avanzando en la definición de un Derecho auténticamente comunitario y, por tanto, de un Derecho derivado caracterizado por su aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía, suponiendo ello, en definitiva, como sigue diciendo este autor, transformar ese régimen de recepción especial del Derecho del MERCOSUR en el Derecho interno de cada Estado, en un sistema de recepción automática (de aplicabilidad inmediata) capaz de permitir el asegurar el efecto directo que cada vez en mayor volumen e intensidad deberán tener y/o generar las normas del MERCOSUR de cara a la articulación de un Mercado Común y la elaboración de políticas sectoriales comunes¹⁰.

Todo lo cual nos sitúa ante un panorama de profundización en los objetivos integracionistas del MERCOSUR que, habiendo de conllevar un avance en el sistema institucional y de la toma de decisiones y una revalorización del Derecho del MERCOSUR, cada vez más próximo a los ciudadanos, exige, a su vez, dotar de mayor eficacia y permanencia al sistema de solución de controversias.

(8) REY CARO, E.: *La Solución de Controversias en los procesos de integración en América. El Mercosur*; Córdoba, 1998, p. 57.

(9) En relación con este asunto, escribe SANGUINETTI: “Temerario sería sostener que las decisiones del Consejo del Mercado Común y las resoluciones del Grupo Mercado Común constituyen *strictu sensu* derecho comunitario, cuando en puridad se trata de un derecho intergubernamental que aspira a ser comunitario. El Tratado de Asunción es instrumental y transitorio y no crea una comunidad que nos permita afirmar que estamos ante un derecho comunitario. En todo caso estamos frente a un conjunto de normas con un *status* jurídico especial, ya que a pesar de ser decididas por consenso su fuerza vinculante es relativa dada la necesidad de internalización” (SANGUINETTI, J.L.: “MERCOSUR: las alternativas del diseño institucional definitivo”. *Integración Latinoamericana*, N°. 201, Junio 1994, p. 9).

(10) PUEYO LOSA, J.: “MERCOSUR, Derecho del Mar y perspectivas de integración en el ámbito marítimo-pesquero”, en *MERCOSUR. Nuevos ámbitos...*, cit.

En el texto del Tratado de Asunción, y en particular en su Anexo III, se recoge que se aplicarán en *forma sucesiva tres sistemas diferentes* de solución de controversias.

El *primero* es el que aparece recogido en el propio *Anexo III del Tratado de Asunción*.

Al *segundo*, se refiere el aptdo. 2) de dicho *Anexo*, según el cual: “Dentro de los ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado (de Asunción), 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”. Este Sistema vendría a ser el contemplado por el *Protocolo de Brasilia*; al que sería añadida por el *Protocolo de Ouro Preto* alguna alternativa complementaria a través de la Comisión de Comercio. El Protocolo de Brasilia, según se recoge en su art. 34, debería permanecer 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”.

El *tercer* sistema, recogido en el aptdo. 3 del citado *Anexo III* y contemplado como el *Sistema Permanente de Solución de Controversias*, debería surgir antes del 31 de diciembre de 1994, coincidiendo esa fecha final con la contemplada asimismo para la creación de las instituciones definitivas llamadas a regir el Mercado Común del Sur, según lo estipulado, como ya vimos, en el art. 18 del Tratado de Asunción.

Al día de hoy, todavía *no disponemos de un Sistema Permanente de Solución de Controversias* en el MERCOSUR. El sistema de solución de controversias recogido en el Protocolo de Brasilia y en el Protocolo de Ouro Preto, vería ampliado su período de vigencia por el art. 44. del Protocolo de Ouro Preto, en el cual se dispone: “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 art. 34 del Protocolo de Brasilia”. Resultaba obvio que desde el 17 de diciembre de 1994, fecha de aprobación del Protocolo de Ouro Preto hasta el 31 del mismo mes y año no se culminaría dicho proceso de convergencia, y en consecuencia se estaba

adaptando tal fecha límite a lo dispuesto en la Decisión del Consejo N° 22/94, por la que se establece el Arancel Externo Común, es decir la fecha de 1 de enero del 2006.

Vamos ahora a analizar, aunque sólo sea muy brevemente, las características básicas de los dos primeros sistemas de solución de controversias, atendiendo a la realidad de su aplicación práctica, para terminar con unas reflexiones generales sobre la conveniencia de avanzar en la consecución de un sistema permanente de solución de controversias.

Por lo que se refiere al Primer Sistema de solución de controversias recogido en el Anexo III del Tratado de Asunción, hay que advertir que estaba dispuesto para regir tan pronto como éste entrase en vigor, lo cual ocurrió, como sabemos, el 29 de noviembre de 1991; representaba un mecanismo muy provisional para no dejar sin un método de solución de controversias al MERCOSUR desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción hasta la entrada en vigor de lo que vendría a ser el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia.

El Anexo III de este instrumento consagró mecanismos *sencillos* de aplicación gradual que no exceden del marco de los *procedimientos diplomáticos* clásicos, privilegiándose las negociaciones directas. De no resolverse con éstas se intentaría una solución en el Grupo Mercado Común. Si aquí tampoco se alcanzase, entonces el Consejo Mercado Común adoptaría las *recomendaciones* pertinentes.

Sobre la base de este procedimiento inicial el Protocolo de Brasilia estableció como propósito principal el contribuir “al fortalecimiento de las relaciones entre las Partes sobre la base de la justicia y de la equidad”, tal como se señala en el apdo. 4 de su Preámbulo. El Protocolo de Brasilia, que forma parte del Tratado de Asunción, según se dispone expresamente en su art. 33, contempla dos procedimientos para la solución de controversias, uno reservado a los Estados Partes (Capítulos I a IV) y otro reservado a los Particulares, personas físicas o jurídicas (Capítulo V). Ahora bien, junto al Protocolo de Brasilia, en su momento, habremos de introducir la alternativa que en materia de solución de controversias comporta el Protocolo de Ouro Preto sobre Estructura Institucional.

En cuanto al procedimiento reservado a los Estados, señalaremos que la legitimación activa y pasiva queda limitada a los Estados Partes, únicos posibles actores y demandados en este procedimiento.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 del Protocolo de Brasilia, este procedimiento está limitado a “las controversias que surjan sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común y de las resoluciones del Grupo Mercado Común”; actos a los que habría que añadir las directivas de la Comisión de Comercio, en base a lo dispuesto en el Protocolo de Ouro Preto.

El Protocolo de Brasilia no contempla ningún sistema de arbitraje comercial para dirimir litigios entre particulares, de los cuales se ocuparía más tarde el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (Decisión XIV del Consejo de Mercado Común, Buenos Aires, 23-VII-1998).

A nuestro juicio, estamos, en el Protocolo de Brasilia, en presencia de una controversia entre Estados que daría lugar en síntesis a un recurso por incumplimiento –por acción u omisión- al cual serían reconducidos en sustancia los problemas de interpretación y aplicación, que derivarían –en el caso de prosperar- en una nulidad de la acción –u omisión- del Estado recurrido; pero no estamos ante un recurso de anulación o nulidad dirigido a velar por la legalidad de los actos emanados del Consejo Mercado Común, del Grupo Mercado Común o de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

En todo caso, siendo el autor del incumplimiento uno de los Estados Partes del Mercosur, es de interés destacar aquí que la controversia puede surgir de la acción del Estado tomado como un todo en su conjunto. De modo que por Estado habrá que entender tanto el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o el Poder Judicial de ámbito estatal como las administraciones regionales existentes.

Tal vez pudiera parecer excesivo reconocer que el recurso de incumplimiento pueda suscitarse por actos derivados del Poder Judicial, como consecuencia de la no aplicación o aplicación incorrecta del derecho del

MERCOSUR, tal como han advertido, aunque de forma matizada, autores como PÉREZ OTERMÍN basándose en el principio de la independencia judicial¹¹; aunque, por su parte, entre otros, GARRÉ COPELLO, avanzando un poco más, llega a afirmar que: “Si se trata de una sentencia de un tribunal estatal que interpreta una disposición comunitaria dentro de sus competencias, en aplicación del derecho comunitario, en el caso de que otro Estado no se encuentre de acuerdo con dicha interpretación judicial, surge una controversia entre Estados que debe solucionarse según lo establece el artículo 1 del Protocolo de Brasilia”¹².

No hay que desconocer, en todo caso, que uno de los pilares fundamentales para el normal desarrollo y aplicación de las normas comunitarias en un proceso de integración es la necesidad de una interpretación armónica tanto de sus disposiciones originarias como de las derivadas; y ello se lograría, en una mejor medida, con la presencia de un Tribunal de Justicia permanente, al cual le fuese otorgada la facultad de interpretar el derecho comunitario con un carácter obligatorio para todos los Estados Partes. Si así no fuese, podría acontecer que cada Estado Parte aplicase el derecho comunitario de la manera que juzgase oportuno para sus intereses.

Conforme al actual sistema de solución de controversias, en el supuesto de que un Estado aplique una norma comunitaria con una interpretación que, en opinión de otro, resulte incorrecta, el Estado que se sienta perjudi-

(11) PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit. p. 35.

(12) GARRÉ COPELLO, B.: *Solución de controversias en el Mercosur*, Montevideo, 1993, p. 22.

Con todo, respecto al control del Poder Judicial la doctrina latinoamericana que se inspira en la noción europea de incumplimiento resalta las dificultades de admitir en la práctica el teóricamente posible control del incumplimiento judicial. En este sentido, LANDONI SOSA, A.: “La solución de conflictos en el Mercosur”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, N° 54, 1994, pp. pp. 339-340.

Por lo demás, iguales dificultades existen en la Comunidad Europea. De hecho nunca se ha activado el proceso por incumplimiento frente a decisiones -u omisiones como la del incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia- de los órganos jurisdiccionales nacionales.

cado podrá acudir al procedimiento previsto en el Protocolo de Brasilia, llegándose en última instancia, como veremos, a un Laudo Arbitral que dará lugar a la interpretación de la norma, a la cual deberán someterse los Estados Partes en la controversia, con carácter obligatorio tal como se dispone en el art. 21 del Protocolo de Brasilia.

Sin embargo, conforme al actual sistema de solución de controversias, la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral tendrá carácter obligatorio sólo para los Estados partes en la controversia, no resultando obligatoria para los demás; pudiendo ocurrir que una controversia sobre un asunto similar se presente entre otros dos Estados Partes, que se conformase otro Tribunal Arbitral, con una composición distinta del anterior, y que diese lugar a un Laudo diferente del precedente. Este segundo fallo sería igualmente obligatorio sólo para los Estados Partes en la controversia, lo que vendría a generar que en un asunto planteado sobre una cuestión similar y aplicando las mismas normas se produjesen interpretaciones distintas entre los diferentes Estados. Este es uno de los problemas causados por la inexistencia de un Tribunal Permanente que elabore y mantenga una jurisprudencia constante y uniforme.

Sobre la base de estas cuestiones generales que suscita el procedimiento reservado a los Estados, quisiéramos ahora exponer, aunque sólo sea someramente los aspectos estrictamente procedimentales del mismo

El Procedimiento recogido en el Protocolo de Brasilia contempla tres etapas que siguen un orden de precedencia, siendo cada una de ellas un presupuesto obligatorio para la siguiente. Estas tres partes son: *las negociaciones directas, la intervención del Grupo Mercado Común y el Procedimiento Arbitral*; a la que habría que añadir aquí *la intervención de la Comisión de Comercio* recogida en el Protocolo de Ouro Preto.

El art. 2 del Protocolo de Brasilia dispone: “Los Estados Partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas”. Adviértase que el uso de la expresión “*ante todo*”, clarifica la opción de los autores del Tratado de Asunción por estipular dicha vía diplomática como el principal mecanismo para la solución de controversias.

Las negociaciones directas serán conducidas por los Coordinadores Nacionales del Grupo Mercado Común de los Estados Partes en la controversia, tal como se dispone en el art. 2 del Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, contenido en la Decisión del Consejo N° 17/98, aprobada en Río de Janeiro el 10 de diciembre de 1998.

En los procedimientos de solución de controversias resulta habitual dejar abierta, o incluso obligar, a las partes a intentar la solución de su diferencia en forma directa por vía diplomática mediante negociaciones, con carácter previo al paso a etapas posteriores, en las cuales la solución vendrá bien impuesta por un tercero o bien procedente de él.

Con el fin de que esta etapa no se transformara en un mecanismo dilatador, se estipuló un plazo máximo al respecto: “Las negociaciones directas no podrán, salvo acuerdo entre las partes, exceder un plazo de quince (15) días a partir de la fecha en que uno de los Estados Partes planteó la controversia”, tal como se establece en el art. 3, aptdo. 2 del Protocolo de Brasilia. Con todo, cabe señalar que el Grupo Mercado Común no puede actuar de oficio, sino únicamente a instancia de un Estado Parte en la controversia.

Si con las negociaciones directas “no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuere solucionada solo parcialmente, cualquiera de los Estados Partes en una controversia podrá someterla a consideración del Grupo Mercado Común” (art. 4, aptdo. 1 del Protocolo de Brasilia), pasándose así a la segunda etapa del procedimiento de solución de controversias.

Constituyó una preocupación del Grupo *ad-hoc* que elaboró el Proyecto de Protocolo de Brasilia, -a pesar de estar éste marcado por el consenso- el tratar de disminuir, en alguna medida, las dificultades derivadas de la regla en virtud de la cual las decisiones del Grupo Mercado Común han de ser adoptadas por consenso, lo cual viene a suponer que los Estados Partes tengan un poder de veto en toda decisión que quieran paralizar. Por ello, como en otros mecanismos, se acude al asesoramiento de expertos, según lo dispuesto en el art. 4 del Protocolo de Brasilia, con el ánimo de mitigar la necesidad del consenso y de obtener una opinión menos condicionada por la propia técnica consensual.

Al término del procedimiento recogido en el art. 4 del Protocolo de Brasilia, el Grupo Mercado Común, “formulará recomendaciones a los Estados Partes en la controversia tendentes a la solución del diferendo” (art. 5), recomendaciones que debiendo ser adoptadas por consenso no tendrán carácter obligatorio. Debemos subrayar que, estando compuesto el Grupo Mercado Común por funcionarios gubernamentales, resultará muy fácil que el Estado reclamado se oponga con su veto a la consecución del consenso y, en consecuencia, a la formulación de recomendaciones que entienda perjudiciales para sus intereses, si bien juzgamos que la no emisión de las recomendaciones no producirá el bloqueo de la posibilidad del Estado de acudir al mecanismo arbitral.

Cuando la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos contemplados en los Capítulos II y III, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral que se establece en el Protocolo de Brasilia, al cual nos vamos a referir inmediatamente pero no sin antes dejar de hacer unas breves consideraciones sobre las particularidades que presenta el sistema de solución de controversias contemplado en el Protocolo de Ouro Preto.

El Protocolo de Ouro Preto, que, según se preceptúa en su art. 28, es “*parte integrante del Tratado de Asunción*”, dispone de un Capítulo VI, titulado Sistema de Solución de Controversias, que en su artículo único, art. 43 del Protocolo, establece en su primer apartado: “Las controversias que surgieran entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991”.

El Protocolo de Ouro Preto, por una parte, reafirma, como acabamos de ver en el art. 43, la vigencia de los procedimientos de solución recogidos en el Protocolo de Brasilia, pero, por otra, en su art. 21 pasa a contemplar

para la Comisión de Comercio un cierto papel en el ámbito de la Solución de Controversias.

Nos encontramos, pues, con que se abre una vía, en alguna medida, alternativa –no excluyente de la del Protocolo de Brasilia-, la cual se suma a la de la actuación del Grupo Mercado Común, siempre que el objeto de la reclamación estuviera dentro del “*área de la competencia de la Comisión de Comercio del MERCOSUR*”, la cual, dada la amplitud de su ámbito competencial, podríamos generalizar como el ámbito de las “*cuestiones relativas al comercio*” que caen bajo la competencia de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, tal como aparecen descriptas en los art. 16 y 19 del Protocolo de Ouro Preto. Esta vía alternativa aparece recogida en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto, denominado Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR. Este Procedimiento, que contiene siete artículos, y en cuyo análisis no podemos entrar ahora detenidamente por razones de tiempo, excluye, por una parte, la necesidad de negociaciones previas y, por otra, descarga, en un primer momento, los trabajos del Grupo Mercado Común relacionados con las controversias llevándolos a la Comisión de Comercio. Si el asunto no se resolviera, pasa al Grupo Mercado Común y si tampoco se resolviese en éste podrá desembocar en un Tribunal Arbitral.

En el caso de incumplimiento de las medidas adoptadas por la Comisión de Comercio del MERCOSUR o de las recomendaciones del Grupo Mercado Común, formuladas según los casos, en atención a que se haya seguido la vía del Protocolo de Ouro Preto o la del Protocolo de Brasilia, cualquiera de los Estados Partes, sin que sea necesario como en el arbitraje tradicional un compromiso arbitral, puede acudir a la fase arbitral, último escalón, como hemos visto, después de toda una serie de tentativas para encontrar soluciones negociadas o consensuadas.

El procedimiento puede ser iniciado por cualquiera de los Estados Parte en una controversia, debiendo “comunicar -según se establece en el art. 7 del Protocolo de Brasilia- a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral que se establece en el presente Protocolo”, la cual “notificará de inmediato la comunicación al otro u otros Esta-

dos involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común y tendrá a su cargo los trámites para el desarrollo del procedimiento”.

La consecución de mayor interés del Protocolo de Brasilia fue ciertamente la aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Arbitral por los Estados Partes del MERCOSUR: “Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo”. Como podemos comprobar con la lectura del art. 21, aptdo. 1 del Protocolo de Brasilia: “Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ellos fuerza de cosa juzgada”.

La constitución del Tribunal será llevada a cabo en cada caso concreto, no teniendo consecuentemente carácter permanente. El Tribunal estará integrado por tres árbitros. “Cada Estado Parte en la controversia designará un (1) árbitro. El tercer árbitro, que no podrá ser nacional de los Estados Partes en la controversia, será designado de común acuerdo por ellos y presidirá el Tribunal Arbitral” (art. 9, aptdo. 2, i) del Protocolo de Brasilia).

Los árbitros son nombrados de una lista preestablecida, integrada por cuarenta árbitros, la cual podrá estar conformada tanto por nacionales de los Estados Partes como por nacionales de terceros países.

El laudo del Tribunal Arbitral “se adoptará por mayoría, será fundamentado y suscrito por el Presidente y los demás árbitros. Los miembros del Tribunal Arbitral no podrán fundamentar votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de la votación” (no decir, Art. 20, aptdo. 2 del Protocolo de Brasilia).

Así, y a pesar de ser el Laudo fundamentado, se les exige, velando por la independencia de los árbitros, que mantengan la confidencialidad de la votación, prohibiéndose la fundamentación de los votos vencidos o disidentes. Buscándose, pues, la independencia de los árbitros, se sigue tanto el modelo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como del Tribunal Andino, en los cuales los jueces en disidencia no pueden funda-

mentar su voto, debiendo firmar la sentencia junto con los demás miembros. Se trata de una exigencia que ha sido considerada muy oportuna para ayudar a neutralizar las presiones que se pudieran intentar ejercer sobre los árbitros, sobre todo si tenemos en cuenta que las controversias, al igual que en los otros mecanismos de integración, versarán habitualmente sobre intereses económicos muy importantes tanto para los Estados como para los particulares.

El laudo puede abarcar un abanico amplio de medidas. Así, aunque las decisiones arbitrales no tienen la facultad de anular los actos de los Estados incompatibles con las normas del Derecho originario o derivado, sí pueden decretar medidas consistentes en una obligación de hacer, como, por ejemplo, retirar de su ordenamiento jurídico la norma doméstica contraria al ordenamiento jurídico del MERCOSUR o en el pago de indemnizaciones a título de reparación por daños sufridos, o de no hacer, como abstenerse de prácticas que entren en conflicto con el ordenamiento jurídico del MERCOSUR.

El Laudo es inapelable y obligatorio para los Estados partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrá respecto de ellos fuerza de cosa juzgada (no decir el art. 21, apdo. 1 del Protocolo de Brasilia). El Laudo es obligatorio para los Estados Partes *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, y se incorpora directamente a los ordenamientos jurídicos internos nacionales de los cuatro Estados Partes, debiendo ser cumplido en un plazo de quince días a no ser que el Tribunal fije otro.

Además, el art. 23 del Protocolo de Brasilia establece: “Si un Estado Parte no cumpliera el laudo del Tribunal Arbitral en el plazo de treinta (30) días, los otros Estados Partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento”.

El Protocolo mantiene silencio respecto a la posibilidad de revisar las medidas compensatorias tomadas si resultase manifiestamente excesivo el volumen de los beneficios suspendidos. Esta sería una posibilidad que convendría admitir directamente, sin negociaciones previas, mediante la insta-

lación de un tribunal arbitral a solicitud de la Parte afectada, que por economía procesal debería ser el mismo que hubiese resuelto la controversia. El modelo actual parece a todas luces insuficiente porque puede conducir directamente a otros conflictos sobre el alcance de las condiciones de aplicación de las medidas y no asegura que el Estado condenado cese en el incumplimiento o cese en los hechos que dieron lugar al procedimiento.

Y ya en cuanto al procedimiento reservado a los particulares el art. 25 del Protocolo de Brasilia dispone que éste “se aplicará a los reclamos efectuados por los particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las directivas del Grupo Mercado Común”. Al cuerpo normativo a no infringir –o, mejor aun, a respetar- habría que añadir, como ya hemos visto, las resoluciones de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en virtud de su incorporación a los arts. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia, efectuada, como tuvimos ocasión de ver, en el art. 43 del Protocolo de Ouro Preto.

Ahora bien, hay que advertir que en el mecanismo propuesto en el Protocolo de Brasilia, el particular no puede llegar a la vía arbitral sino que tendrá que ser un Estado Parte –no necesariamente aquél ante el que inició el procedimiento- quien podrá recurrir al mecanismo arbitral, viniendo a resultar éste quien verdaderamente sea *in fine* el legitimado activo real.

Ello supone naturalmente una limitación a la iniciativa del particular, dado que ni el Estado depositario inicial de la reclamación del particular ni cualquier otro están obligados jurídicamente a continuar la vía arbitral. En realidad estamos ante una *legitimación activa compleja* que sucesivamente puede ir siendo ejercida, en primer lugar por el particular –con la actuación más débil de todo el procedimiento-, y a continuación por el Estado depositario de la reclamación del particular, y por el Estado requeridor de las medidas contempladas en el art. 32 del Protocolo de Brasilia, Estado este último, que pudiendo no coincidir con el anterior, será el que, en su caso, podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas, como ya hemos visto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia.

En todo caso, y como acabamos de advertir, serán los particulares, personas físicas o jurídicas, quienes tendrán, en un primer momento, la legitimación activa, debiendo iniciar, independientemente de sus nacionalidades, los procedimientos “ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de los negocios” (Art. 26, aptdo. 1, del Protocolo de Brasilia). Residencia habitual o sede de negocios serán dos conceptos que interpretados de una forma amplia bien pudieran dar algún margen de maniobra al particular que se encuentra supeditado al “*filtro*” estatal para circular, en el marco de procedimientos similares a los recogidos para los Estados, por el Capítulo V del Protocolo de Brasilia y por el Anexo del Protocolo de Ouro Preto.

Habiendo expuesto, sucintamente, hasta aquí el sistema de solución de controversias articulado, tanto por el Protocolo de Brasilia como por el Protocolo de Ouro Preto, no hay que dejar de advertir que, posteriormente a éstos, han sido aprobados otros protocolos que, con unos fines de tipo instrumental en relación con los objetivos del Tratado de Asunción, tienen como misión el servir de palancas de apoyo para el logro de la configuración del sistema mercosureño. Frente a los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, que son conocidos por alguna doctrina como Protocolos institucionales, a los últimos Protocolos se les ha calificado como operacionales, formando parte también del Derecho originario. Sin duda se ha querido con ellos dar una mayor cobertura al proceso de construcción del MERCOSUR, salvando las limitaciones competenciales que en relación con la consecución de los objetivos de los Protocolos pudiera haber en el Tratado de Asunción; dichas limitaciones difícilmente podrían dar cabida a los contenidos de los Protocolos mediante el recurso a las Decisiones del Consejo.

Pero, sobre todo, lo que nos interesa destacar ahora es que algunos de estos Protocolos operativos suponen una ayuda colateral en el ámbito de la solución de controversias en el MERCOSUR, aunque los ámbitos materiales de que se ocupan algunos de ellos, aportando respuestas específicas en materia de controversias entre particulares, se muevan en la esfera del Derecho Internacional Privado. Tratan estos Protocolos de ayudar a una mejor solución de las controversias entre los particulares en el seno del MERCOSUR, controversias en las que, cada vez más, aunque no necesari-

riamente siempre, estarán presentes normas del Derecho originario o derivado mercosureño.

Otros Protocolos se ocupan únicamente de determinados ámbitos materiales no relacionados con la solución de controversias particulares. Pero, en todo caso, todos los Protocolos operativos como "*parte integrante*" del Tratado de Asunción que son, tal como se reitera en ellos, estarán sometidos al Tratado de Asunción, de manera que, siempre que aparezcan controversias derivadas de su aplicación, interpretación o incumplimiento de sus textos normativos, habrá que acudir al régimen de solución de controversias del MERCOSUR.

En nuestro trabajo, hemos querido, finalmente, realizar una aproximación a la práctica surgida en materia de controversias en el MERCOSUR. La tarea no ha sido fácil. La información de que dispone el estudioso es escasísima y fragmentada, siendo muy pocos los autores que hacen alguna alusión a los asuntos objeto de controversia.

Intentamos obtener, en Montevideo, en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay, algún tipo de información de orden general sobre la cuestión. Ello se nos revelaría como una tarea francamente ardua a la luz del carácter reservado con que son tratados estos asuntos.

Dentro del marco jurídico establecido para la solución de controversias, al mes de mayo de 1999, habían sido tratados varios asuntos. Así, por lo que se refiere al Protocolo de Ouro Preto: en cuatro casos en los que se utilizó el mecanismo previsto en este Protocolo, constituyendo todos ellos reclamaciones de Argentina contra Uruguay, se llegaría a una solución. Dichos casos estaban relacionados con la sal, el IMESI (Impuesto Específico Interno) contra cigarrillos y bebidas alcohólicas y la Resolución GMC N° 48/95 sobre Registro de Productos Agroquímicos. Los tres primeros finalizaron por medio de una solución acordada entre las Partes interesadas y el último con la incorporación por Uruguay en su ordenamiento interno de la citada Resolución 48/95.

Dos casos finalizaron la totalidad del trámite previsto en el Protocolo de Ouro Preto, habiendo comunicado la parte actora, Argentina, su inten-

ción de convocar al Tribunal Arbitral, extremo que no se había llevado a cabo hasta el momento.

Un último caso se encuentra recorriendo las etapas previstas en el mecanismo establecido en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto, correspondiendo a una reclamación que hiciera Argentina contra Brasil por subsidios en el sector azucarero.

Por lo que se refiere al Protocolo de Brasilia, en cuanto al Capítulo IV relativo al procedimiento de controversias entre Estados, existen dos casos en los que se procedió a nombrar un Tribunal Arbitral, siendo ambas reclamaciones de Argentina contra Brasil. La primera reclamación versa sobre subsidios a la producción y exportación a la carne de cerdo, la cual se encuentra a la espera del laudo correspondiente. La segunda reclamación, contra los Comunicados N°37 del 17/12/97 y N°7 del 20/02/98 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) de Brasil sobre Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco (referente a licencias no automáticas de determinados productos), acaba de concluir con un Laudo Arbitral dictado el 28 de abril de 1999.

En cuanto al procedimiento relativo a los Particulares del Capítulo V, se produjo una reclamación de Uruguay contra Argentina relacionada con el papel. Se obtuvo un acuerdo de las partes previo al dictamen del Grupo de Expertos.

Del conjunto de esta práctica nos interesa especialmente destacar, en este momento, el citado Laudo Arbitral de 28 de abril de 1999. Fue el 1 de febrero de 1999 cuando se constituyó el Tribunal Arbitral, a raíz de la reclamación de Argentina que entendía que la regulación brasileña era contraria al desarrollo del comercio intrazonal¹³.

(13) Afortunadamente hemos podido disponer, antes de su prevista publicación, todavía no efectuada, en el Boletín Oficial del MERCOSUR, del texto del Laudo Arbitral gracias a su gentil envío por el Dr. Manuel OLARREAGA, Jefe del Sector Normativa, con la autorización del Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, Dr. Ramón DIAZ PEREIRA. Vaya para ambos mi obligado agradecimiento.

La oportunidad de este primer Laudo Arbitral viene a dar satisfacción para quienes entienden que lo aconsejable no es tratar de solucionar cada problema mediante la utilización exclusiva de la negociación, por temor a dar una mala imagen del proceso de integración, sino que es necesario y conveniente también acudir al mecanismo del arbitraje, entendiendo que ello vendría a fortalecer la integración, habida cuenta de que supone un factor de disuasión para las políticas fácticas de los hechos consumados. En todo caso, el Laudo supone un primer paso para vencer el recelo que los Estados tienen para someter sus controversias a un mecanismo jurisdiccional.

Ante todo, el Laudo representa una importante contribución a la determinación de la naturaleza y el alcance del Derecho del MERCOSUR, al afirmar, en la parte inicial de sus considerandos y en cuanto al Derecho aplicable, que “La profundidad y amplitud de las fundamentaciones jurídicas alegadas, (...), indica claramente que la tarea del Tribunal no consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas y aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del MERCOSUR (...), interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados Partes asumieron explícita e implícitamente al adoptar dichas normas, confirmados por sus actos posteriores en el contexto de un proyecto integrador común”.

“...La arquitectura del Tratado de Asunción y de sus Anexos, como señala el Tribunal Arbitral, nos muestra claramente una combinación de normas propias de un tratado marco con otras de carácter operativo...El Tratado de Asunción va más allá de un Tratado marco, constituyendo un esquema normativo que fluctúa entre un “derecho directivo” con bases jurídicas generales y un “derecho operativo” constituido por compromisos concretos. Hay por tanto normas que fijan objetivos y principios que con vocación de permanencia encuadran y guían la actividad de las Partes hacia y en el MERCOSUR. Hay otras disposiciones que crean órganos mediante cuya actividad las Partes podrán ir moderando el proceso de integración. Finalmente hay otras disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados...”.

En congruencia con esta interpretación, hay que destacar que, por una parte, los cinco Anexos al Tratado de Asunción contienen obligaciones concretas y autoejecutables. De ellos, tres se refieren a aspectos medulares del comercio, concretamente al Programa de Liberación comercial (Anexo I), Requisitos de Origen (Anexo II) y Cláusulas de Salvaguardia (Anexo IV), definiendo las obligaciones específicas de las Partes al respecto.

Resultaría, además, patente para el Tribunal Arbitral el papel rector en el proceso de integración del desmantelamiento efectivo de las restricciones arancelarias y no arancelarias, a cuyo ritmo se debe acompasar el avance en las demás áreas del proceso de integración; subraya, ciertamente, el Tribunal el paralelismo entre la eliminación de las restricciones arancelarias y las restricciones no arancelarias; sin él la consecución del desarme arancelario perdería todo sentido y pondría en crisis el fundamento mismo del MERCOSUR, de modo que se perdería *“la plenitud del efecto útil”*.

Por otra parte, advierte el Tribunal sobre la presencia de los instrumentos recogidos en el artículo 5 del Tratado de Asunción para la constitución del Mercado Común, es decir la coordinación de políticas macroeconómicas, el arancel externo común y los acuerdos sectoriales, como instrumentos en los que no se fija un régimen o una meta concretos como ocurre, según acabamos de ver, en los Anexos I, II y IV; concretamente, en relación con la coordinación macroeconómica, únicamente se indica la necesidad de su gradualidad y convergencia, algo que se ha echado en falta con motivo de la importante devaluación del real brasileño y del aumento del flujo del volumen de exportaciones de Brasil al resto de los países del MERCOSUR; una problemática esta que afortunadamente está siendo objeto de estudio actualmente por el Grupo de Seguimiento de Coyuntura y por el Grupo de Coordinación de políticas macroeconómicas.

El Laudo Arbitral constituye, en definitiva, un exponente de cómo desde un sistema arbitral ya se puede ayudar a la consolidación del MERCOSUR sin que sea preciso esperar a que se produzca la articulación de un Tribunal de Justicia Permanente. Ahora bien, en el caso del MERCOSUR estamos ante un supuesto de pertenencia a aquellos modelos abiertos que nacen con una capacidad de adaptación a las distintas fases que marcan el propio pro-

ceso de integración; dinámica desde la que, como ya advertimos al comienzo de nuestra exposición, hay que explicar, en sintonía con la evolución progresiva del sistema institucional, la naturaleza del mecanismo de solución de controversias del que se sirve el MERCOSUR, dominada por el principio de transitoriedad, y pensada para, con el tiempo, desembocar en un sistema definitivo y por tanto en la aparición de un Tribunal de Justicia de carácter permanente, el cual es querido, por lo demás, en grados diferentes, por Argentina, Paraguay y Uruguay y visto con gran recelo por Brasil.

Ahora bien, la creación de tal Tribunal debería ir acompañada de sendas revisiones constitucionales en los Estados Partes, así como de una revisión institucional a nivel de MERCOSUR que aporte un sistema institucional de mayor densidad que el actual, que nos permitiera hablar definitivamente de la existencia de un Derecho comunitario del MERCOSUR.

Los Estados y los particulares afectados por el incumplimiento no pueden, de una vez por todas, seguir desamparados, si no se quiere privar al proceso de la credibilidad que se merece por sus objetivos y por las expectativas despertadas en los operadores económicos. La complejidad creciente que, sin duda, habrá de darse en el proceso de consecución del Mercado Común hace insoslayable, a nuestro juicio, la creación de un Tribunal judicial. De no hacerse, el proceso de integración puede correr un serio peligro de resquebrajamiento. Como señala GRAJALES: "(...) cuando advertimos que la demora a la que asistimos, en la implementación de sistemas más aptos para la solución de conflictos se encuentra ante una falta de 'voluntad política', (...) me atrevo a decir que resulta ineludible revertir esa tendencia, ya que de lo contrario esto puede producir un desequilibrio entre los Derechos y obligaciones que necesariamente nacen en un proceso de este tipo, lo que puede devenir en consecuencias negativas para el desarrollo de la integración"¹⁴. Estamos ante un asunto, estimamos nosotros, que se nos muestra no sólo como una necesidad jurídico-política sino también como una necesidad económica del proceso.

(14) GRAJALES, A.A.: "Tribunal de Justicia en el Mercosur: Un debate pendiente sobre lo institucional", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*; Buenos Aires, año 3, n.º. 2, abril de 1999, pp. 15-16.

En general, debemos subrayar también que los comentaristas del Tratado de Asunción advierten de la necesidad de que los mecanismos de solución de controversias sean incorporados a los procesos de integración desde el inicio de los mismos. Habría que evitar, dicen, lo que ocurrió en el proceso del Acuerdo de Cartagena, en el cual la Corte Andina fue creada diez años después de iniciado el proceso de integración, con lo cual se habían acumulado tal número de incumplimientos que todos los Estados resultaban ser a la vez responsables y víctimas, de modo que la utilización del mecanismo judicial supranacional ponía en peligro todo el sistema.

No haremos, por nuestra parte, un análisis comparativo entre las realidades del MERCOSUR y otros procesos de integración como las Comunidades Europeas en materia de solución de controversias. Sobre ese particular, ha habido intentos como el de ACCIOLY, dedicado a un examen general comparado¹⁵, que podríamos calificar como llevados a cabo con un resultado más bien exiguo, teniendo en cuenta las dificultades para realizar en tal sentido un estudio sobre procesos de integración con una naturaleza hoy en día, en gran medida, sustancialmente distinta. Existen también algunos trabajos como el de ALONSO GARCÍA¹⁶, recogidos en una misma unidad, con algunas de sus partes dedicadas a las controversias en varios procesos de integración, sin la pretensión de una visión comparada. Sin duda, en unos y otros late la noble intención de “iluminar” el camino que deberá recorrer el MERCOSUR; y aunque resultan de gran utilidad, aun siendo muy conscientes del gran valor de referencia que supone, sobre todo, la experiencia europea, estimamos que valdría la pena centrarse en el fenómeno del MERCOSUR, si se quiere dar un paso adelante en el *análisis en profundidad* de este proceso, con el ánimo de ayudar a que la “retroalimentación” científica en la materia continúe. En definitiva, en nuestra mente tenemos en cuenta las reflexiones de PESCATORE, cuando escribe: “...si

(15) ACCIOLY PINTO DE ALMEIDA, E.: *Mercosul e União Europeia. Estrutura Jurídico-Institucional*, Curitiba, 1996.

(16) ALONSO GARCÍA, R.: *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, 1997, pp. 73-74.

bien el sistema judicial de la Comunidad (Europea) puede ofrecer un interés a quienes tratan de establecer un sistema de integración regional, es necesario decir que todo ello debe comprenderse *cum grano salis*, porque no es transponible el sistema comunitario europeo donde no existen condiciones estructurales y jurídicas equivalentes¹⁷. A nuestra opción metodológica, asimismo, no sería ajena la posición de ALONSO GARCÍA, cuando, sin duda, por el mismo tipo de razones, en su trabajo *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, señala que no es su objetivo la realización de “un análisis comparado de los tres fenómenos desde una perspectiva global, sino el más modesto de explicar el sistema por cada cual escogido para resolver los conflictos que puedan surgir en el estadio aplicativo”¹⁸.

Desde un enfoque como éste, existe, a nuestro juicio, sensibilidad suficiente para ir avanzando en la conformación del sistema de solución de controversias conforme al propio modelo que representa el MERCOSUR. Pocas veces, y con tan concisas palabras, se pudo decir tanto sobre la agenda del MERCOSUR, como se hizo el 22 de septiembre de 1996, fecha en la que por consenso entre los jueces participantes en el I Congreso de Derecho Comunitario realizado en Ouro Preto, se recomendó algo que nosotros, concordando plenamente con lo allí apuntado, entendemos que debe llevarse a cabo *sin prisas pero sin pausas...* Así se solicitó:

- La adecuación de las normas constitucionales de los Estados miembros, con el fin de asegurar la supremacía del Derecho Comunitario;
- La incorporación al Tratado de Asunción de un precepto expreso consagrador de la regla de la supremacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos nacionales;
- La aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias por los órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales;

(17) PESCATORE, P.: “La organización y funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en PÉREZ OTERMÍN: *Solución de controversias en el Mercosur. Simposio*.

(18) ALONSO GARCÍA, R.: *op. cit.*, p. 4.

- La creación e instalación de una Corte de Justicia supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario¹⁹.

Hasta aquí llega nuestra contribución en pro de un mejor conocimiento de una realidad que aunque joven comienza a enfrentarse con problemas sucesivos relacionados con su consolidación y crecimiento.

(19) Carta de Ouro Preto, en QUINTAO SOARES, M.L.: *MERCOSUL. Direitos humanos. Globalização e Soberania*, Belo Horizonte, 1997, p. 92.