

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR: DIAGNÓSTICO Y PERSPECTIVAS

Romeo Pérez Antón
Centro Latinoamericano de Economía Humana
(CLAEH)



Indice

Introducción

- I. **El Problema institucional**
 - 1. Integración y litigios
 - 2. Tribunales nacionales y litigios de la Integración

- II. **Los antecedentes**
 - 1. La integración europea
 - 2. La Comunidad Andina
 - 3. La Organización Mundial del Comercio

- III. **La Solución Mercosuriana**
 - 1. El Protocolo de Brasilia
 - 2. El Protocolo de Ouro Preto
 - 3. Diagnóstico y Perspectivas

Introducción

Entre las debilidades institucionales que el Mercosur no acaba de subsanar, lo rudimentario y poco eficaz de su régimen de arreglo de contiendas y, más en general, de garantías jurisdiccionales gravita cotidianamente y en cada operación contra el desenvolvimiento deseable del proceso. Las reuniones del Consejo del Mercado Común (CMC) que se cumplieron en Florianópolis en diciembre de 2000 incluida la denominada "cumbre", han agregado una frustración de las expectativas de que aquel régimen progresara concretamente hacia la independencia, el tecnicismo, la acumulatividad y la eficacia socioeconómica que reconocidamente le faltan. En el vacío que deja el sistema integrador, los litigios entre particulares, entre Estados Miembros y entre aquellos y éstos, son azarosamente tramitados mediante las estructuras de la autocomposición¹ y de la proyección extraterritorial de las jurisdicciones racionales. Irresuelto, el problema no dejará de presionar con creciente intensidad, lo que justifica la profundización de su tratamiento analítico no obstante la terca postergación gubernamental del intento de respuesta: este intento sobrevendrá más temprano que tarde y, probablemente, sin más preparativos que los disponibles cuando surja una emergencia perentoria.

¹ Stefan Leible, *Proceso Civil Alemán*, 2ª. Edición, Bogotá, KAS-Biblioteca Jurídica Diké, págs. 54-55. Y el básico Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, 3ªed., México, UNAM, 1991.

I. El Problema Institucional

Los contenciosos han sido desde siempre contemplados como una de las dimensiones de los procesos de integración, aún de los más restringidos, tales como las zonas de libre comercio. De allí que no carezcan de estipulaciones al respecto ni siquiera los convenios más remotos, elementales, de la "prehistoria" de las integraciones.

1. Integración y Litigios

No hay por qué establecer ahora si las elaboraciones de la clase de **State Building**, que llamamos integraciones económico-sociales arrancan siempre de las unificaciones comerciales. Basta afirmar que éstas no pueden sino aparecer muy inicialmente en el desarrollo de aquéllas, lo que resulta innegable². ¿Cómo concebir la política comercial común, la armonización de políticas macroeconómicas o la unificación monetaria sin la abolición de las fronteras para la operativa mercantil intrazona, sin la integración de los mercados de bienes y servicios de los países miembros?.

En tanto son tempranamente comerciales, las integraciones deparan tempranamente algún régimen de solución de controversias. El comercio será o no una de las actividades sociales objetivamente más disputadas o liosas, pero sin duda la conciencia comercial propicia como la que más lo hace la creación de jurisdicciones y marcos legales, la distribución de competencias, la fijación de procedimientos, la estructuración de la litis, la definición de medidas cautelares y de trámites de ejecución. El comerciante es así acompañado de cerca por el juez y el árbitro. El Foro de Roma constituía la sede común del mercado y de varios tribunales.

En una primera fase, las integraciones solamente se cargan de las contiendas de las operaciones que se efectúan en el espacio unificado por la desgravación aduanera y la remoción de trabas nacionales; "integran" con las transacciones, su inherente conflictividad. Estos litigios no se plantean sobre bases normativas novedosas ni en términos domésticos o comunitarios. Se parecen mucho a las contiendas anteriores al proceso de integración, ostentan un cariz familiar al Derecho Internacional Privado, se las concibe como alternativas propias del comercio internacional (de las exportaciones y las importaciones).

A esta altura, muchos pueden inclinarse fácilmente a pensar que tales diferencias resultan perfectamente abarcables por los tribunales nacionales habilitados por normas de Derecho Internacional Privado, desenvueltas acaso

² Cf. José Luis da Cruz Vilaça, *Sobre as instituições num processo de integração. União Europeia-Mercosul-Comunidade Andina* en Forum Euro-Latinoamericano "Regular e Democratizar o Sistema Global", Cascais, Principia, 1999, pág.414.

para agilizar la cooperación judicial en el ámbito de la integración. A este temperamento corresponde, notablemente, el Protocolo de las Señas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional y en Materia Civil, Comercial, Labotal y Administrativa, de 27 de febrero de 1992; también el Protocolo de Cooperación Cautelar aprobado por el CMC en Ouro Preto el 12 de diciembre de 1994.

La primera fase, sin embargo, da paso en breve a una segunda, en que los litigios ya adquieren el carácter del espacio en integración y se funden en cuestiones que involucran el orden jurídico de la integración, por más intergubernamental que sea la producción de éste. Aparecen las controversias entre Estados (porque las normas del proceso y/o el modo como se las interpreta y aplica afectan a su juicio equilibrios macroeconómicos, intereses de sectores enteros o comportamientos decisivos de inversores o consumidores), las reclamaciones de particulares contra Estados (a menudo asumidas como propias por el Estado de que es nacional el particular o dónde está radicada la empresa o el sector reclamante) y las contiendas entre particulares concebidas en términos de comercio interno y no externo, de Derecho integrado y no de Derecho Internacional Privado.

Al abrirse esta segunda fase, el proyecto integracionista ha alcanzado un éxito, ha entrado como nuevo horizonte de referencia a las mentes y las conductas; y precisamente por eso revelará la ausencia de un sistema maduro de solución de contiendas, si no lo ha montado. Porque los dispositivos nacionales resultan impotentes frente a los conflictos específicos de la integración.

2. *Tribunales Nacionales y Litigios de la Integración*

Sigamos aferrando las secuencias integracionistas por componente mercantil, esencial aunque nunca único. No olvidemos que el Mercosur, por ejemplo, ha multiplicado por cuatro el intercambio de mercaderías entre sus países miembros. Tras esa sencilla expresión aritmética, se reproduce día a día la masa leudante de contratos, envíos, pagos, preparados por gestiones, ofertas, pruebas, aperturas de créditos, comunicaciones, viajes. En buena medida, toda esa actividad pasa fluidamente las fronteras, aunque éstas persistan en lo monetario y en lo tributario y con demasiada frecuencia reaparezcan bajo la forma de trabas no arancelarias. Los sistemas judiciales y de arbitraje argentino, brasileño, paraguayo y uruguayo no intervienen de manera idónea en las controversias que aquella actividad genere, por varias razones:

a) Contextualizar las normas de la integración en el orden jurídico de su Estado, que es por hipótesis episódico y "extraño" para alguna de las partes de la transacción; esto afecta la fluidez mencionada y fragmente el espacio que se quiere homogeneizar;

b) Además, esa contextualización arroja inevitablemente diferencias de interpretación de la norma supuestamente única o común;

c) De donde el fallo, judicial o arbitral, se torna dependiente del sistema nacional que lo dicta;

d) A esos efectos antintegradores se suma la desconfianza de que el juez o el árbitro mezcle en su pronunciamiento favoritismos nacionalistas, protección del "trabajo de sus compatriotas", etc.

e) Aún en los procesos intergubernamentales, en los que se mantiene la dicotomía Derecho Interno/Derecho Internacional puesto que no se instaura un Derecho Comunitario cuyas disposiciones no requieren incorporación a los ordenamientos nacionales y prevalecen sobre las normas de éstos, la aplicación del Derecho (internacional) de la integración plantea problemas técnicos delicados (cuestiones de constitucionalidad, legalidad, integración de vacíos normativos, prejudicialidad, internación de disposiciones, sanciones, etc.). La falta de especialización de los tribunales de los Estados miembros rebaja muchísimo la calidad de su jurisprudencia en la materia y suele ponerlos ostensiblemente por debajo de los abogados duchos en aquellas cuestiones en lo que atañe a erudicción, actualización y razonamiento riguroso.

Si se toma conjuntamente en cuenta la exigencia de un sistema de solución de disputas que provoca el comercio y la inadecuación de los sistemas previos a la integración, se comprende el surgimiento del arbitraje privado en caso de insuficiencia de las previsiones que ésta proporciona. Ya en 1995, afirmaba un especialista:

"Pero lo importante es que se advierta que este tribunal arbitral se constituye para cada caso. ¿Cómo imaginar una jurisprudencia comunitaria con tribunales ad-hoc? Porque si el tribunal fuera un tribunal permanente, la situación podría ser distinta aún sin dejar de reconocer que existen por cierto **ofertas privadas muy interesantes**, que hasta tienen siglas ya, que aparecen incluso como observadores en Naciones Unidas y que me parece un esfuerzo muy interesante de la imaginación e iniciativa privada (...)"

"Cabe preguntarse el por qué de esta situación".

"La respuesta está dada por la insuficiencia de los mecanismos de solución de controversias del Mercosur; ésta seguramente va a ser **la mejor materia prima para que se desarrolle una fuerte corriente de arbitraje privado**, por lo menos en lo que hace a los agentes económicos (...)"³

³ Didier Opertti Badán, *Solución de Controversias en el MERCOSUR. Aspectos del Derecho Internacional Privado*, en Varios Autores, "El Mercosur después de Ouro Preto. Aspectos Jurídicos", Montevideo, Universidad Católica, Serie Congresos y Conferencias N°11, 1995. La transcripción se hizo de la página 136, los subrayados son nuestros.

II. Los Antecedentes

Muchas de las implicaciones del desafío de dotar al Mercosur de instituciones jurisdiccionales se conocían bien cuando se negoció el Tratado de Asunción y el Protocolo de Brasilia, en gran medida por la ya entonces prolongada y rica experiencia europea. Aunque con resultados opuestos, existía en 1991 el antecedente del Pacto Andino, convertido después en la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Con posterioridad a la fundación del Mercosur se registró la sustitución del GATT por la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, con ella, un gran salto en la institucionalización de un sistema global de solución de disputas y sometimiento a reglas del comercio internacional. Esta última novedad no representa un antecedente de aquellos acuerdos mercosurianos de los primeros años pero sí de las más recientes frustraciones en el perfeccionamiento de un sistema que no ha llenado sus cometidos.

1. La Integración Europea

En el artículo ya citado, y con el propósito de comparar las instituciones de la Unión Europea, el Mercosur y la Comunidad Andina, el Profesor da Cruz Vilaça sintetiza como sigue las funciones y la eficacia de los tribunales por los que desde su origen mismo optó la integración en Europa:

“Una institución jurisdiccional, **verdadero poder judicial de la Comunidad**, constituida hoy en día por el Tribunal de Justicia y por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Compuestos por jueces provenientes de todos los Estados-miembros pero enteramente independientes, **han desempeñado un papel fundamental** en el cuadro de la realización de los objetivos de los tratados y de la consolidación de la Comunidad Europea **como una comunidad de Derecho**. Sintetizando, puede decirse que los tribunales comunitarios han garantizado la **fiscalización de la legalidad** de los actos de las instituciones, asegurando la **interpretación** y la **aplicación uniforme** del Derecho comunitario en todos los Estados-miembros, protegido los **derechos fundamentales** en el espacio de la Unión y **actuado como motor de la integración** al recordar a los Estados miembros los compromisos asumidos cuando firmaron los tratados y los objetivos que, en esa medida, se comprometieron a realizar”.

“Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia fue asegurando el ejercicio de funciones esenciales al **equilibrio de una comunidad social organizada y basada en la idea de Derecho**, propias de un verdadero tribunal constitucional: garante de la separación de poderes y del equilibrio institucional de las varias funciones comunitarias; guardián de las fronteras de competencia entre la Comunidad y los Estados-miembros (...) En el ejercicio dinámico de esas funciones, el Tribunal de Justicia fue tramitando aquello a que se llamó un proceso de **“constitucionalización” progresiva de los tratados**, reconociéndoles muchas de las características que conforman las constituciones estatales y dándoles la estabilidad institucional característica de un orden jurídico nuevo y autónomo”⁴

⁴ José Luis da Cruz Vilaça, op.cit., págs.416-417. Traducción del portugués y subrayados nuestros.

2. La Comunidad Andina

La decisión fundamentalísima de establecer entre las instituciones de la Europa integrada un "verdadero poder judicial" se adoptó desde el primer momento y estructura ya el Tratado de Roma, de 1957. Frente a ello, la Comunidad Andina y el Mercosur se atuvieron a pautas opuestas, a pesar de lo cual ambos han fracasado en resolver los problemas de la solución de contiendas y el control de legalidad. La CAN y su antecesor, el Pacto Andino, consagraron tribunales encargados de funciones tan trascendentes como las de los europeos, pero esas magistraturas crecieron de asuntos relevantes y de intervenciones eficaces; se fundieron en la crisis de marginalidad y vaciedad que alcanzó a todo el aparato de esa integración.

Escribe al respecto da Cruz Vilaça:

"(...) la **reducida operacionalidad** de un sistema judicial concebido, todavía, de forma completa y a imagen y semejanza del de la Comunidad Europea muestra que la cuestión de las instituciones no es apenas formal, exige una **voluntad política** y requiere una **adecuación** entre el estado de evolución de la realidad y el avance de las estructuras institucionales"⁵.

3. La Organización Mundial del Comercio

En cuanto toca a la resolución de controversias, la diferencia de la OMC con el GATT es enorme y se patentiza más a medida que el sistema de aquella muestra la eficacia que el de éste nunca consiguió. Las modalidades del dispositivo jurisdiccional de la OMC se han revelado capaces de regularizar bastante el hasta poco tiempo atrás cínico e indomeñable comercio entre naciones, más allá de su aptitud de arreglar disputas y atender denuncias.

Informaba recientemente Debra P. Steger, Directora de la Secretaría del Organó de Apelación de la OMC, en la Segunda Conferencia Anual sobre Solución de Diferencias en la OMC y el Mercosur (Montevideo, Uruguay, 29-30 de noviembre de 2000):

"Durante los cinco primeros años de su funcionamiento, el sistema de solución de diferencias de OMC ha conocido una intensa actividad. Hasta la fecha, se han presentado 211 solicitudes de celebración de consultas. Se ha establecido un total de 65 grupos especiales para examinar 81 asuntos diferentes. Se han distribuido 50 informes de grupos especiales y, de éstos, 37 han sido objeto de apelación. Hasta ahora, el órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") ha adoptado 45 informes de grupos especiales y/o del órgano de Apelación. El gran número de asuntos sometidos es testimonio de la importancia del sistema y de la confianza que los Miembros depositan en él".

"No obstante, el número creciente de casos también tiene sus consecuencias. Si más son los casos más también los recursos necesarios, no sólo por el

⁵ José Luis da Cruz Vilaça, op.cit., pág.433. Traducción y subrayados nuestros.

número mismo de las diferencias, sino también por la brevedad de los plazos establecidos en el ESD. La creciente necesidad de recursos afecta a todos los participantes en el proceso de solución de diferencias: a los Miembros que son partes y a los terceros; a los grupos especiales y al órgano de Apelación, y a la Secretaría.”

“La tensión a que se someten los recursos afecta particularmente a los países en desarrollo Miembros. El *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el 'ESD') reconoce los intereses y necesidades de estos países en los procedimientos de solución de diferencias. Por ejemplo, al examinar una reclamación presentada contra un país en desarrollo Miembro, el Grupo Especial debe conceder a éste tiempo suficiente para preparar y exponer sus alegaciones. Además, cabe señalar que las actividades de la OMC en materia de asistencia técnica y de formación, la reciente creación del Centro de Asesoramiento sobre el Derecho de la OMC, y otras actividades de cooperación contribuyen todas a aumentar la capacidad de los países en desarrollo Miembros para aprovechar al máximo el sistema de solución de diferencias de la OMC. Obviamente, todavía queda mucho por hacer”.

“(…) La introducción al examen en apelación de los informes de los grupos especiales fue una de las principales innovaciones de las negociaciones de la Ronda Uruguay en materia de solución de diferencias. El artículo 17 del ESD dispone que el OSD establecerá un 'Órgano Permanente de Apelación' que entenderá en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales. El Órgano de Apelación estará integrado por siete personas, de las cuales actuarán tres en cada caso. El OSD nombra por un período de cuatro años a los Miembros del Órgano de Apelación y puede renovar una vez el mandato de cada uno de ellos. Los Miembros del Órgano de Apelación han de ser 'personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general'. Además, no deben estar “vinculados a ningún gobierno” y deben estar 'disponibles en todo momento y en breve plazo' para entender y decidir en las apelaciones. El conjunto de los integrantes del Órgano de Apelación debe ser 'representativo en términos generales de la composición de la OMC'.

“Los siete Miembros iniciales del Órgano de Apelación, nombrados por el OSD en noviembre de 1995, fueron: James Bacchus (Estados Unidos) , Christopher Beeby (Nueva Zelandia), Claus-Dieter Ehlermann (Comunidades Europeas), Said El-Naggar (Egipto), Florentino Feliciano (Filipinas), Julio Lacarte-Muró (Uruguay) y Mitsuo Matsushita (Japón). Por lo que respecta a la selección de los siete primeros Miembros del Órgano de Apelación, es justo decir que el OSD escogió a personas que representaban una amplia distribución geográfica de la composición de la OMC, que incluía todos los continentes. Cuatro Miembros eran nacionales de países desarrollados y tres de países en desarrollo”.

"(...) Cuando se lee el artículo 17 del ESD, la disposición clave del ESD con respecto al Organo de Apelación, se ve que es más importante por lo que *no* dice que por lo que dice. Las normas y procedimientos del ESD aplicables al Organo de Apelación son menos detallados que las disposiciones del ESD referidas a grupos especiales. En relación con el mandato del Organo de Apelación, el artículo 17 dispone que la 'apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste" y que el Organo de Apelación puede 'confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del Grupo Especial'. El Organo de Apelación trabaja apremiado por plazos muy reducidos. Por regla general, el procedimiento no debe exceder de 60 días, y en ningún caso de 90 días. Es importante señalar que, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 17 del ESD, el Organo de Apelación, en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General, ha establecido sus propios *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* (los '*Procedimientos de trabajo*').

El hecho de que el organismo mundial implante cierta disciplina y logre un apreciable ajuste a sus pronunciamientos interpela agudamente a los sistemas regionales análogos o equivalentes, en especial a los esquemas de integración. Entre otras, por la sencilla razón de que los miembros de éstos comparten casi siempre la condición de miembros de la OMC y disponen, por ende, de la opción entre el sistema mundial y el sistema regional de arreglo de disputas y denuncia de infractores. Si el primero exhibe mayor eficacia, se recurrirá casi exclusivamente a él; pero al hacerlo, el espacio de integración se diluye y los países que lo componen se "mundializan", al menos en lo jurisdiccional (que, como se vio, reviste trascendencia superlativa).

El Mercosur se halla en este aspecto muy afectado. Al menos en una ocasión Brasil recurrió contra Argentina al OSD de la OMC y amenazó en otra con hacerlo⁶. Es obvio que la "mundialización" aludida debilita al Mercosur, cuyo sistema de solución de contiendas persiste en su primitivismo; con ello pierden, a la larga, sus integrantes, que quedan librados a la actividad de la OMC, eficaz pero cara para países escasamente desarrollados.

⁶ Gabriela R. Bercún, *El Conflicto Agrícola del MERCOSUR puede llegar a definirse en la OMC*, en Gabriela R. Bercún y Martín L. Bercún, "Regionalismo y Multilateralismo. Monitoreo 1998-2000". Tomo I, pág. 69. Buenos Aires, Sinapsis, 2000.

III. La solución mercosuriana

El MERCOSUR no hace excepción a la constante que señala la temprana definición de la regulación de litigios en los tratados de integración. El propio Tratado de Asunción se muestra sensible y prolijo al respecto, en tanto destina uno de sus cinco Anexos, el III, a ese problema institucional. El defecto radica en la timidez del régimen, un rasgo que la institucionalidad mercosuriana no ha podido modificar hasta hoy.

"Las controversias que pudieren surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del Tratado", expresaba el mencionado Anexo III, "serán resueltas mediante negociaciones directas" (autotutela diplomática, como se ve; se trata obviamente de una pseudodisposición, que significa lo mismo que su inexistencia).

"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 días las recomendaciones pertinentes a la 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": en sustancia, mera intervención mediadora del Grupo. Los expertos ni siquiera se pronuncian directamente sobre los términos de la disputa sino que asesoran al Grupo. No es necesario recordar que los Estados Partes en pugna integran el GMC, con facultad de veto cada uno de ellos. El mediador no constituye, en rigor, un tercero.

"Si en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanzara una solución, se elevará la controversia al Consejo del Mercado Común para que adopte las recomendaciones pertinentes". Circularidad perfecta: si fracasan las recomendaciones (del Grupo) se adoptarán recomendaciones (por el Consejo, que tiene una composición nacional idéntica a la del GMC y no es tercero pues lo integran los contendores, con capacidad de vetar).

Para el conjunto de las tres previsiones, estricta remisión a una autocomposición asistida. Punto de partida que pudo revestir algo más de energía, estableciendo por ejemplo, cláusulas de arbitraje. De esa manera se hubiera justificado al menos el título del Anexo, "Solución de Controversias".

Completan dicho Anexo dos normas programáticas, la primera de las cuales se cumplió y dio origen al Protocolo de Brasilia:

"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".

1. El Protocolo de Brasilia

El Protocolo fue sancionado por el CMC en su reunión del 17 de diciembre de 1991, en la capital brasileña. Tiene por objetivo establecer un régimen de solución de controversias para el período de transición hacia el Mercado Común; al llegarse a este punto, debería ser sustituido por el "sistema permanente" al que ya aludía el artículo 3 del Anexo III referido (artículo 34 del Protocolo de Brasilia). En la práctica, el régimen de este Protocolo continúa vigente, con las leves alteraciones que le introdujo el Protocolo de Ouro Preto, ya que también se prolonga la transición hacia el Mercado Común, no alcanzado en la fecha prevista en el Tratado y mantenido como propósito pero sin fecha por el instrumento de Ouro Preto.

El régimen de diciembre de 1991 ostenta las siguientes determinaciones estructurales:

- a) Pueden someter algunas contiendas al sistema los Estados miembros y los particulares (pero las pretensiones de estos últimos deben lograr que las acoja y tramite un Estado miembro);
- b) Los procedimientos se inician por la admisión del planteo de una disputa por parte del GMC y se extienden en una primera etapa que entiende a la autocomposición asistida;
- c) Si no se concluye entonces la controversia, se abre una instancia arbitral, a cargo de un tribunal de tres miembros designados por cada parte y el tercero mediante acuerdo de las partes; las designaciones se hacen entre componentes de listas de posibles árbitros, nacionales y no nacionales de los Estados Partes;
- d) Cada tribunal reviste el carácter de ad hoc: se constituye e integra para un litigio determinado y después de haberse planteado, admitido y tramitado en la etapa de autocomposición asistida;
- e) El fallo se adopta por mayoría (en lo que representa la única decisión formal de índole supranacional que cabe en toda la institucionalidad del Mercosur);
- f) El fallo es inapelable.

Visto en conjunto, el régimen aparece lento, débil en cuanto puede ser trabado por los Estados en pugna al admitirse o no la disputa, muy cerrado para controversias sobre legalidad de las decisiones y para diferendos interorgánicos, meramente arbitral en lo propiamente jurisdiccional y endeble en virtud del carácter ad hoc de sus tribunales. Esos defectos han sido corroborados por la práctica: muy pocos conflictos se han resuelto a través de este sistema y muchos por la operación de los órganos político-diplomáticos del Mercosur, el CMC y el GMC.



Al instaurar un régimen con ese alcance y esas peculiaridades, los países mercosurianos optaron por apartarse del antecedente europeo, a diferencia de la integración andina. No sólo no implantaron un "verdadero poder judicial" de su esquema institucional sino que tampoco lo prepararon. Por lo contrario, el Protocolo de Brasilia parece ceder a todos los reparos que suele suscitar la participación de las figuras judiciales en los procesos de integración (rigidez, "irresponsabilidad" económica, escasa comprensión de la dinámica regulada, etc.) Una exclusividad simétrica en relación a los Parlamentos y las figuras parlamentarias.

Pocos meses después de sancionado el Protocolo de Brasilia, el Consejo aprobó en junio de 1992 el Protocolo de La Leñas, de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa. Complementaron, posteriormente, ese Protocolo las Decisiones 1/94 y 27/94, denominadas respectivamente Protocolo de Colonia para Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y Protocolo de Medidas Cautelares. Creemos ver en ello un esfuerzo por complementar el régimen de solución de controversias integrado con la actuación interestatal cooperativa de los Poderes Judiciales de los miembros del Mercosur. Hemos señalado antes los insuperables inconvenientes de esa actuación, lo que ha confirmado la experiencia, que registra contados casos de superación de litigios correspondientes al espacio integrado a consecuencia de la intervención de tribunales nacionales. En esas condiciones, los conflictos también por esta vía terminaron en las recargadas agendas del CMC y el GMC.

2. El Protocolo de Ouro Preto

Como adelantamos, este instrumento, de diciembre de 1994, conserva el régimen del Protocolo de Brasilia. En su capítulo VI, expresa aquél que "las controversias que surgieran entre los Estados Partes (...) serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991". Apenas si, recogiendo Ouro Preto la irregularmente creada Comisión de Comercio, dispone: "quedan también incorporadas a los arts. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia la Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR". Un cambio del marco normativo en que pueden surgir los litigios a resolver, no del régimen de su arreglo.

La introducción de esa Comisión en el esquema posibilita, tal como lo admite y reglamenta el Protocolo y su Anexo, la presentación de reclamaciones provenientes de los Estados Partes o en "demandas de particulares" (artículo 21). Esta vía procedimental no evade las notas estructurales ya identificadas en el sistema del Protocolo de Brasilia; apenas si es un poco más enérgico en cuanto prevé pronunciamientos de expertos, de la CCM y del GMC. Pero éstos dos últimos se encuentran condicionados por la potestad de veto de los países involucrados. Y en definitiva, el procedimiento culmina en el arbitraje ya analizado.

3. Diagnóstico y Perspectivas

Las deficiencias de los mecanismos jurisdiccionales han arrojado como las principales consecuencias prácticas una baja cantidad de reclamaciones y denuncias y una cantidad aún menor de fallos arbitrales (el primero de ellos se registró en 1999 y recayó en una controversia entre Argentina y Brasil en materia de licencias de importación).

La conciencia de todas esas circunstancias ha llevado a los socios del Mercosur a proponer en distintas oportunidades cambios que hagan al régimen más eficaz. No faltan, por tanto, las inquietudes reformistas, algunas de las cuales se orientan al perfeccionamiento del arbitraje y otras a la creación de un Tribunal de Justicia (Argentina presentó un articulado en este sentido, cuando se negociaba la adecuación institucional que se tradujo a la postre en el Protocolo de Ouro Preto; Uruguay adhirió a la idea que fue empero rechazada por Brasil⁷).

No han cuajado esas inquietudes porque no se ha obtenido el imprescindible consenso. Según se ha filtrado en diferentes ocasiones de los ámbitos en que se negoció el asunto, la postura extremadamente "nacionalista" de los representantes brasileños impide salir de las endeble fórmulas que se han examinado. Argentina y Uruguay han flexibilizado al máximo sus propuestas pero no han conseguido siquiera que Brasil tome la iniciativa y ponga algún texto sobre la mesa.

Se esperaba alguna novedad mínima de las dos últimas reuniones del CMC, en Buenos Aires (junio del 2000) y Florianópolis (diciembre). Sólo se emitieron pseudo-resoluciones, procedimientos y preparatorias, que disimulan mal un estancamiento de varios años en materia delicada. Transcribimos íntegramente la más reciente, ya que su lectura crítica es en nuestra opinión concluyente.

Mercosur/CMC/DEC – N°65/00

Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, el Protocolo de Ouro Preto y las Decisiones N°17/98, 23/00 y 25/00 del Consejo del Mercado Común:

CONSIDERANDO:

Que los Estados Partes acordaron incluir entre los temas del Relanzamiento del Mercosur el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias;

Que el Grupo Ad Hoc de Aspectos Institucionales analizó una propuesta de perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del Mercosur;

⁷ José Luis da Cruz Vilaça, op.cit.

Que resulta conveniente extender el plazo previsto en la Decisión CMC N°25/00 para permitir la continuación del tratamiento del tema y la presentación de una propuesta en la próxima reunión del CMC.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN DECIDE:

Art.1- Prorrogar el plazo previsto en la Decisión CMC N°25/00, hasta la fecha de la próxima reunión del CMC, para la presentación de una propuesta de perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del Mercosur.

Art.2 - Crear un Grupo de Alto Nivel para realizar la tarea referida en el artículo anterior e instruir al GMC a definir su composición.

Art.3 – Para la elaboración de una propuesta integral de perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del Mercosur será tomado en consideración el trabajo realizado hasta el momento por el Grupo Ad Hoc Aspectos Institucionales y las propuestas presentadas por los Estados Partes, y que entre los temas a ser analizados se incluirá el de la creación de un Tribunal Arbitral para el Mercosur.

Art.4 – Esta Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o funcionamiento del Mercosur.

XIX CMC – Florianópolis, 14/XII/00

En declaraciones al semanario “Guía”, de Montevideo, de diciembre 24 de 2000 (página 6), el Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay, Dr. Didier Operti, manifestaba sobre esta última reunión:

“Llegamos a Florianópolis con la idea muy clara que a nuestro juicio es necesario crear un tribunal arbitral. Allí propusimos la creación de un tribunal arbitral, no para que intervenga como un juez de última instancia, no. De comienzo del procedimiento debe haber un tribunal arbitral y no tribunales arbitrales para cada caso”.

“Tenemos que mejorar el sistema de arbitraje, no sólo como una señal hacia dentro, de nuestros empresarios y agentes económicos, sino también hacia fuera, hacia los que tratan con el Mercosur, porque no parece razonable que una entidad que va a cumplir diez años, no tenga a esta altura un tribunal arbitral”.

“Uruguay ha mantenido esa posición desde el comienzo, la hemos reiterado – en este caso hay una política de Estado clarísima y también hemos propuesto la creación de una Secretaría técnica”.

“Este proceso, para la creación de un tribunal, no será sencillo ni fácil, hemos proveído un documento, en el cual aparece la creación, las competencias, pero que tendrá que ser estudiado; esto va a ser examinado”.

“Continuará con un estudio, que seguramente tendremos que realizar en los próximos meses, en las próximas semanas para seguir adelante con esta idea”.

Las tensiones, como se puede advertir, se acumulan en torno al tópico. Los gobiernos reacios a establecer, como mínimo, dichos tribunales arbitrales permanentes, que vayan generando una jurisprudencia y con ella disciplina y seguridad normativa, deberían relevar qué ocurre de hecho mientras ellos suman negativas y dilatorias. Suponemos que se está expandiendo la autotutela y el arbitraje privado. Hoy en día, las estructuras deben ganar su lugar a través de méritos de transparencia, juricidad y practicidad. En la medida en que no lo logren, otros dispositivos cumplirán sus funciones y responderán a las aspiraciones insatisfechas.

Si la dinámica del Mercosur deriva de hondas capacidades de las naciones que lo forman, la ausencia o el retraso de las autoridades estatales no la detendrá. Sólo redundará en la participación creciente de actores de la Sociedad Civil y en pérdida de aptitud rectora de los gobiernos, los Legislativos y los partidos.